

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E UNIVERSALIZAÇÃO DOS
SERVIÇOS**

CURITIBA

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Programa de Bacharelado em Direito

**REGULAÇÃO DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E UNIVERSALIZAÇÃO DOS
SERVIÇOS**

por

HERCULANO DIAS DA ROSA

Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do Curso de
Graduação em Direito na Universidade
Federal do Paraná

Orientador:

Professor Doutor Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2008

HERCULANO DIAS DA ROSA

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do Curso de Graduação em
Direito na Universidade Federal do Paraná

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: _____

Professor Doutor Egon Bockmann Moreira

Professor Doutor Alexandre Ditzel Faraco

Curitiba, 03 de outubro de 2008.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Serviços Públicos e Telecomunicações	6
1.1 Do Monopólio Estatal à Concorrência nas Telecomunicações	9
1.2 Regulação de Setor e Agência Reguladora	18
1.3 Agência Nacional de Telecomunicações: Competências	29
1.4 Telecomunicações em Regime Público e Privado	36
2. Regime Público de Telecomunicações e o Dever de Universalização	45
2.1 Distributividade: Desafio na Instituição do Mercado das Telecomunicações	48
2.2 Políticas de Universalização em Metas Periódicas	54
2.3 Critérios para Escolha dos Beneficiários	58
2.4 Financiamento da Universalização e FUST	62
Considerações Finais	65
Referências Bibliográficas	67

Resumo:

Nesse estudo é tratado o dever de universalização das telecomunicações, expresso no texto normativo que regulamenta o setor das telecomunicações, também instituidora da Agência Nacional de Telecomunicações, lei nº 9.472/1996. A princípio, é considerado o contexto político de desestatização em que a lei se insere, desde a Emenda Constitucional nº 8/95, reforçado e aperfeiçoado posteriormente, pela lei antes mencionada. Isso porque essa lei possibilitou a delegação da execução dos serviços de telecomunicações em regime público a agentes privados. De outro lado, nela também são detalhados os limites do regime público nesse setor, e, por sua vez, as fronteiras do regime privado, em que os agentes operam em livre iniciativa, mesmo sofrendo restrições por controle estatal. Depois de se assentar a quem o dever de universalização se aplica, com a definição de que é o regime público, e quais operadores a ele estão sujeitos, o passo seguinte é descortinar o modo como o dever se desdobra na regulamentação. Nesse ponto, faz-se a análise das políticas públicas de universalização, definindo seus elementos essenciais, apreciando-se centralmente as metas das políticas público, em relação seu conteúdo e o tempo de sua duração. Com o tratamento específico do dever de universalização, portanto, pretende-se entender e dar evidência à área que faz mediação do objetivo constitucional de redistribuição das riquezas e atenuação das desigualdades, no setor das telecomunicações e, assim, também no Direito Administrativo. Nesse passo, o presente trabalho volta-se a colaborar no crescimento de uma zona jurídica estudada de modo insuficiente, mas com grande potencial para promover desenvolvimento social.

A Paulus Vinicius, pela solidez e generosidade

A Ireni Dalva, incansável na luta

A Deus, inspiração inesgotável

Introdução

É objetivo dessa monografia elaborar entendimento sobre a realidade jurídica que cerca e conforma as telecomunicações. Mais especificamente no que tange à expansão desses serviços a pessoas em espaços aos quais não exista situação de vantajosidade a fazer expansão de modo espontâneo. Antes, porém, de passar ao conhecimento dessa construção jurídica, cabe saber qual é a realidade subjacente a essa norma. Quais os componentes e organização material que se pretende orientar e supervisionar.

Em linhas gerais, as telecomunicações são tidas como serviços pelos quais se interligam pessoas em pontos distantes com simultaneidade e reciprocidade¹. Não é suficiente, portanto, afirmar que é a comunicação que se realiza à distância, como a etimologia poderia fazer sugerir, em razão de que se forma da fusão de vocábulo latino com grego, “communicare” e “tele”, que significam, respectivamente, “comunicação” e “distância.

Em uma simples comunicação à distância seria possível incluir a que se faz mediante os correios, técnica milenar de correspondência entre pessoas por via documental, mas na qual não existe simultaneidade. Ou mesmo o telégrafo que é meio que antecede à telefonia e baseia-se em uma transmissão de caracteres gráficos, que é privado da reciprocidade. Assim como os outros meios de comunicação por radiodifusão (televisão e rádio), os quais, apesar de serem simultâneos, não apresentam reciprocidade, visto que as partes envolvidas não podem ser receptoras e emissoras ao mesmo tempo e de forma determinável.

Aos serviços de telecomunicações, que implicam na operação acima descrita, corresponde um amplo mercado, que abarca quaisquer serviços ou bem que se destine a instrumentalizar a operação. Mercado para ROSSETTI “é uma abstração. Já não existe a conotação geográfica”, que foi a acepção originária do termo, como lugar público em que os vendedores se reuniam para angariar compradores aos seus produtos. Inexiste referência a lugar concreto e precisamente identificável. O mercado,

¹ GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 9.

agora, se definiria “pela existência de forças aparentemente antagônicas: as de procura e as da oferta. Quando ambas ocorrem simultaneamente, definem um mercado.”² O mercado pode comportar duas espécies de relacionamentos entre oferta e procura, que é uma divisão primária que se faz dele. Separa-se em mercado de produtos ou de fatores.

O primeiro relaciona-se à “procura por bens primários ou industrializados ou por serviços como transportes, comunicações, seguros e hotelaria”, o segundo está na dependência do primeiro, irá existir na medida em que exista procura pelos bens e serviços que irão ser ofertados no primeiro. É aquele que há para atender a produção. Isso se deve ao fato de que o agente que disponibiliza bens ou serviços no mercado de produtos não possui todos os recursos que entram no seu processo produtivo. Esses recursos (pessoas ou matéria-prima) devem ser obtidos de outros agentes. O serviços e bens do mercado de fatores visam a instalação, manutenção e aprimoramento da estrutura produtiva e organizacional das empresas que disponibilizam aqueles outros. Desses dois, aquele que por ora interessa, no entanto, é o mercado de produtos.

Estabelecem-se em um pólo os produtores dos serviços de telecomunicação, que, em regra, são empresas com grande capital, corpo de funcionários qualificado e detentores de tecnologia de ponta. Põem seus serviços e produtos à disposição de possíveis consumidores, tornando-se responsáveis pela oferta. Os consumidores desses serviços que estão na ponta da demanda, estão, em regra, em um quantitativo muitas vezes maior que o primeiro grupo, contam com menor organização e são formados por pessoa individuais ou sujeitos de poder econômico relativamente baixo. É dessa interação (entre o montante da capacidade de oferta e a demanda real) que irão se formar e variar os preços. Dessa forma que essas forças contrapostas formam mercado específico que é composto de instituições sociais, autônomas. Isso porque há um ciclo produtivo e o modo de consumo, que geram modelo próprio na dinâmica da aquisição dos bens e serviços.

² ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20.^a Edição. São Paulo: Atlas. p. 395.

Quanto à natureza dos serviços de telecomunicações, de se ver que são prestados tendo como base de suporte, ou estrutura física, rede que integra várias unidades. Constitui-se de inúmeros terminais de comunicações (em geral, aparelhos telefônicos), os quais se ligam por cabos (ou outro meio de transmissão) a uma central de comutação que efetua o relacionamento dos terminais entre si. Podem-se fazer uso de uma única central para se fazer chamada ou de várias, a depender da localização do emissor e receptor. Se presentes em diferentes áreas locais, faz-se uso de outra central que interliga as centrais às quais o emissor e receptor estão ligados primariamente.

Essa abrangência espacial do serviço não existiu no início do sistema, pois nesse momento a tecnologia da comutação ainda não havia sido pensada. Havia conexão direta entre aparelhos telefônicos, por meio de cabos, o que se designou de linha dedicada. A extensão do serviço era bem delimitada, sendo que o número de pessoas com quem se poderia comunicar ficou limitado ao número de cabos instalados entre os aparelhos telefônicos. A comutação que se limitou a uma única central foi o passo posterior, com mediação de telefonista que pôde ser substituída posteriormente por uma central automatizada.

A central se restringia a um território de raio entre cinco até sete quilômetros³, em decorrência dessa limitação, presume-se que ficou restrita aos centros urbanos. A limitação que o usuário possuía em relação a sua central superou-se com o interrelacionamento entre centrais, por via de outras centrais. O interligamento entre centrais não poderia se dar pela linha dedicada porque o efeito seria o isolamento de uma central de outra, pelo quê adequado interligá-las mediante outras centrais, o que se chama de verticalização da rede.

As centrais de telecomunicação que relacionam as centrais que permitem acesso do usuários, designam-se de centrais *tandem*. No nível seguinte, estão as centrais de trânsito⁴. Dessa forma, o agrupamento dos usuários de cada central local a outra faz mediante inúmeras outras centrais que também as interligam.

³ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações*. p. 26.

⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* pp. 25-27.

Nisso se afirma a lógica incorporada ao sistema de telecomunicação que é o aumento de número de usuários, que ganha utilidade quando amplia o número de pessoas capazes de usar desse serviço. O desenvolvimento tecnológico tem também por efeito o aumento do número de usuários.

Nesse contexto é de se destacar a reivindicação atual consolidada na Lei Geral de Telecomunicações da universalização dos serviços de telecomunicações. É de se notar, a princípio, que se associa às necessidades presentes na sociedade globalizada, sejam elas pessoais, sociais ou econômicas. Desde às de sociabilidade (entre pessoas distanciadas no espaço), integração geográfica (dos pólos de menor adensamento populacional aos de maior) às de transferência de bens imateriais entre sujeitos, todas enriquecidas pelas transformações culturais, provocadas pela terceira revolução industrial originada com o aparecimento de tecnologias de informação inovadoras.

O retrato dado por MANUEL CASTELLS, que se registra a seguir, expressa não só um conjunto de circunstância como uma necessidade de se atingir esse estado. Assim, as “atividades, grupos sociais e territórios dominantes por todo globo estão conectados, na aurora do século XXI, em um novo sistema tecnológico que, como tal, começou a tomar forma somente na década de 1970”⁵. E ao lado desses grandes pólos já integrados por sua importância econômica e social, devem ser considerados aqueles periféricos relativamente àqueles, que, por sua vez, possuem menores índices de desenvolvimento social e econômico, os quais possuem larga dependência daqueles, e que, em razão disso, devem estar e permanecer interconectados aos maiores conglomerados humano. Essa é uma integração de relevância pública e que deve ser gerenciada pelo Estado por via das políticas públicas.

O mecanismo jurídico de universalização do serviço tem por meta equacionar parte da distribuição dos serviços mediante a promoção e imposição de expansão de sua oferta. O efeito esperado é tornar mais sujeitos e organismos sociais aptos a se relacionar com continuidade. A forma de abordar os problemas sociais é

⁵ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. p. 70

prospectiva. Pretende-se transformação da realidade, que significa um direito com função ativa do direito. Assim, pretende-se organização e reorganização dos serviços de telecomunicação e os meios de sua prestação de forma que se propicie inclusão de coletividades e indivíduos antes distanciados (porque não excluídos) desse mercado.

O direito vai ser trabalhado com algum auxílio das ciências sociais aplicadas, com recurso a conteúdos da ciência econômica e política. Afinal, o trabalho se relaciona com o tema das políticas públicas que são medidas concretas na sociedade, dessa maneira um tratamento jurídico desprovido de uma contextualização com aquelas ciências daria uma compreensão parcial dos problemas tratados. Isso se afirma tendo por base de que a política pública que interessa é a eficaz quanto a seu fim e efetiva quanto aos seus resultados concretos.

A consideração das normas jurídicas face sua racionalidade econômica é, por vezes, ignorada. Decorre do pressuposto de que sempre se deve fazer uma ciência do direito pura, isto é, que dispensa conhecimento de outras disciplinas. Certamente, que embora não se pretenda superar concepção de ciência jurídica no trabalho, um positivismo radical não será adotado. Porque o direito estará considerado ao lado de outras disciplinas. Assim, o trabalho é transdisciplinar em sua proposta.

Considerando que a ciência econômica é de onde se extrairá boa parte de subsídio, importa definir seu objeto para fim instrumental, recorre-se a Fabio Nusdeo. Ele refere à economia como ramo da ciência em que se concentra a sistematização dos modelos, institutos e mecanismos de distribuição de bens frente a uma inevitável escassez dos recursos materiais e humanos. Cuida das leis que determina o valor dos bens produzidos e das necessidades sentidas pelas pessoas que somente são supridas por bens escassos⁶.

A escassez tem níveis de tolerância. Nem toda deve ser admitida pelo direito que garante a dignidade do ser humano e que promove o desenvolvimento social. Embora escassez seja fato da natureza, o Estado deve intervir para admitir que

⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª Ed. Rev. e Atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, pp. 30-31.

todos os cidadãos tenham acesso aos bens básicos para continuar a vida social. Esse momento é nó do direito e economia.

A escassez é presente no espaço das telecomunicações. Proporcionada, destacadamente, pelo alto custo presente no serviço, que dificulta a concretização da possibilidade de universalização natural do serviço. Isso porque altos custos devem ter reais garantias de retorno, e nisso a exclusão necessária de espaços de menor vantagem econômica. Sendo, no entanto, o serviço relevante para integração social. O Estado que, por sua vez, tem interesse na integração social, deve redistribuir os bens a fim de afirmar o acesso a eles como direito social, para realizar parcialmente o ideal de solidariedade.

Esse é o objetivo que norteia a regulação do setor de telecomunicações, tanto nos termos dos programas como das regras. As quais também apresentam aspecto econômico por ser recebido como custo agregado à produção, com repercussão direta nos preços. Desse lado, há de ser conciliado esse direito de universalizar com o equilíbrio na dinâmica de concorrência entre os prestadores dos serviços.

Diante disso, o trabalho pretende dar os traços essenciais da regulação do setor das telecomunicações e apontar quais interesses as políticas de universalização devem preservar nos planos de universalização. Também serão estudados quais os agentes aos quais se veiculam os deveres de universalização. Por fim, o conteúdo que as políticas de universalizam portam, juntamente com a crítica à metodologia adotada no espaço da normatização.

1. Serviços Públicos e Telecomunicações

O serviço público relaciona-se diretamente com o setor econômico das telecomunicações. A Constituição Federal de 88 ao enumerar as competências materiais da União, no inciso XI, art. 21⁷, inclui essa espécie de serviço dentro do rol

⁷ BRASIL. Constituição da República. Art. 21. Compete à União: (...) XI – *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*;

das suas competências materiais, nisso englobando os três momentos⁸ em que a transmissão de sinais de comunicações pode ser fracionada: emissão, distribuição e recepção.

Resta instituída uma relação necessária com o serviço público, dessa forma, deve-se deixar claro o conceito de serviço público adotado. O significado que a doutrina dá não é unânime, pois há variações quanto à posição e envolvimento do Estado nele. Em vista disso, o objetivo não é fazer coletânea e análise comparativa de todos os conceitos já produzidos. Aqui, põe-se conceito para o fim de orientar o estudo. E trazer o conceito de serviço público é ainda mais importante quanto a esse setor, porque ele é submetido a um duplo regime, tanto o público quanto o privado, de modo que o serviço público no sentido estrito deve ser aplicado somente ao regime público.

A abordagem ficará restrita a dois conceitos, um da escola clássica e outro da escola contemporânea.

Da escola clássica, há o entendimento de Duguit que pensa o direito a partir de uma análise sociológica. Ele afirma que serviço público “é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante (...). Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção”⁹.

Quanto a natureza do serviço, aduz que, ao ser prestado, deve colaborar para a realização de um objetivo: a solidariedade social. O efeito de seu funcionamento deve ser a promoção de situação de maior interdependência social entre as pessoas a quem for prestado. A consequência é que não se pode considerar

⁸ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime Geral da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 33-34.

⁹ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39-40. *Apud*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 83.

serviço público a atividade que simplesmente oferece rendas para o Estado por sua prestação direta, mas sem resultar naqueles efeitos sociais. Nessa concepção, o Estado também estaria obrigado a dirigir as atividades que proporcionam interdependência social que estejam no âmbito da livre iniciativa, para que sejam prestadas a todo tempo de modo satisfatório, intervindo se necessário.

No cerne desse pensamento, não se encontra a atuação formal do Estado¹⁰, nem se posiciona sobre a necessidade do *imperium* ou não. Para o momento histórico em que surgiu, significou um critério de justificação e de direcionamento do agir do Estado, não é daquele que se limita a garantir a “ordem pública”. No entanto, a teoria não tem conteúdo prático esperado¹¹. Há apenas utilidade teórica, pois permite com que se fixem as fronteiras das atividades submetidas ao regime de Direito Público e as sujeitam ao Direito Privado.

Na tentativa de eliminar a falta da teoria sociológica de Duguit, surgem as correntes teóricas posteriores as quais pretendem assimilar a crítica¹².

É uma expressão adequada Alexandre de Aragão Santos, do qual adiante se traz o conceito. Para ele deve se incluir no conceito de serviço público o aspecto operacional. Assim, não pretende formulá-lo na perspectiva de relacioná-lo com a vida concreta dos administrados, relacionando-o com necessidades das pessoas que se classifiquem por fundamentais. O interesse que o orienta é ligar o serviço público diretamente com o agir do Estado, de modo que o serviço público se firma a partir do Estado.

A definição de Aragão vem expressa no plural. Serviços públicos são as “atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Forense, 2008, p. 82.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 85.

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 85, cita como exemplo Gaston Jèze.

ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”¹³. Assim, confirma-se a noção de que o Estado tem centralidade no seu conceito de serviço público porque seu significado existe a partir da pessoa do Estado, que é o sujeito indispensável para sua realização, mesmo que sem titularidade. De outro lado, para que venha ao domínio do Estado imprescindível que haja determinação da Constituição ou lei.

Nesse passo, é de ser retomado que a Constituição Federal atribui a prestação dos serviços de telecomunicações à União. Portanto, segundo o conceito mais recente de serviço público, confirma-se que as telecomunicações são espécie de serviço público. Assim raciocinando, pode-se pensar que se no âmbito legislativo está sedimentado que ele é serviço público, e de nada mais vale o conceito sociológico de Duguit. Isso não pode ser aceito. É de se considerar que um dos aspectos essenciais desse serviço se relaciona à escola do serviço público de Duguit: a universalização das telecomunicações, pela interdependência social que se lhe associa.

De se considerar assim, que devendo os serviços de telecomunicações ser submetido ao regime jurídico de serviço público, é de se definir se em todo ou em parte. Logo de se esclarecer que o legislador definiu que há de operar em duplo regime, na lei geral das telecomunicações¹⁴. Novamente o conceito de Duguit volta a ter importância, porque embora a Constituição haja feito dele serviço público, a lei restringe a sua abrangência. Isso se dá em razão da justificação sociológica dada por Duguit aos serviços públicos, pois apenas as manifestações das quais dependa a interdependência social são mantidas no rol da exclusiva atuação estatal.

1.1 Do Monopólio Estatal à Concorrência nas Telecomunicações

1.1.1. Estatização de Atividades Econômicas

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 157.

¹⁴ BRASIL. Lei n.º 9.472/97. *Lei Geral das Telecomunicações*. Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Na primeira metade do século anterior emergiu o modelo de Estado dirigista em face da economia¹⁵. Foram atraídas ao exercício direto do Estado várias atividades econômicas e também a regulação de setores econômicos. Era o auge da confiança no Estado, o qual se tinha por capaz de promover e dignificar as relações sociais, ao contrapor o hedonismo dos entes privados, que por seu próprio comportamento geravam entraves ao funcionamento do mercado, ou seja, agiam contra os interesses do sistema capitalista¹⁶.

O conceito da escola francesa de serviço público (Duguit) auxiliou em tal operação de concentração e estatização da economia em mãos do Estado, considerando que forneceu a teoria adequada a justificar que diversas atividades econômicas fossem reservadas ao Estado por realizar interdependência social plenamente somente caso viessem a ser prestadas por ele. Com esse discurso, as atividades que viessem colaborar para a melhor implementação dos potenciais sociais e que viessem viabilizar maior integração social deveriam ser incorporadas na administração direta do Estado.

Esse foi o destino das telecomunicações no Brasil. Foram englobadas nas atividades a serem exercidas pelo Estado, ainda com exclusividade. Isso assinala que o papel estratégico dado pelo poder público a essa atividade. Assim, considerou-se necessária o desenvolvimento de uma indústria de base nacional nesse serviço, garantindo-se, por sua vez, um progresso uniforme em termos tecnológicos pelo país¹⁷.

1.1.2. Fase da Implantação

Todavia, em uma fase inicial o Estado não foi o protagonista na implementação do serviço. Começou a ser prestado mediante particulares de origem

¹⁵ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª Edição. p. 43-44.

¹⁶ GRAU, Eros. *Op. Ci.* p. 45

¹⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* p. 32.

estrangeira, embora por concessão¹⁸. As primeiras centrais de telefonia restringiram-se aos centros urbanos, cujos limites são locais, com retorno mais seguro a curto prazo em vista do grande aporte de capital exigido para oferta do serviço.

A trajetória das telecomunicações pode ser vista através do desenvolver da telefonia. Esta enquanto núcleo das telecomunicações, merece ter seu percurso estudado como ponto de referência para os demais. Deve-se deixar registrado que o assunto, não obstante, não teve o devido tratamento da doutrina, sendo escassos os subsídios quanto ao histórico desse serviço. É Carlos Ari Sundfeld quem melhor trata do tema, separando-o em quatro etapas¹⁹: da implantação, estatização, flexibilização, privatização e pós-privatização.

Na implantação, os serviços eram titularizados pelos Municípios, aos quais caberia a sua exploração. As redes de telefonias eram locais, sem ser de longo alcance, não proporcionava uma integração nacional. As empresas de porte maior, regional e nacional, surgiram nas décadas de 50 e 60²⁰. Dois, portanto, eram os entes políticos envolvidos na atribuição aos agentes privados da prestação do serviço, os Estados e os Municípios. Estes para o âmbito local, aqueles no caso de o serviço fazer comunicação de Municípios diferentes.

O estatuto de direitos dos prestadores frente ao poder concedente e dos usuários face ao concessionários se definia pelos contratos de concessão²¹. Daí, deduz-se, que surgiu oportunidade para disparidade de tratamento de usuários de serviço de mesma espécie mas prestados em Municípios distintos, sendo omissos e talvez confirmando as desigualdades regionais existentes. Além disso, não havia meio efetivo de padronizar a qualidade de serviço e tecnologias em uso. Com isso, o

¹⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* p. 33.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol 1, nº. 3, junho 2001. Disponível em :<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07/08/2007. p. 1.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 2.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* . p. 2.

usuário desses serviços estavam na dependência de haver contratos de concessão convenientemente detalhados e cuja execução fosse efetivamente fiscalizada.

O ingresso de investimento estrangeiro, nessa primeira fase, a fim de financiar a atividade ficou, não obstante, limitado pela lei nº. 2.597/55 que tratava de assuntos referentes à Segurança Nacional. Algumas atividades econômicas foram declaradas de interesse nacional, dentre elas as telecomunicações²². Nele se restringiu a participação do capital internacional nas empresas que viriam a explorar o setor em 49% do capital e se limitou a participação de estrangeiros na administração das empresas²³. Tais limitações buscaram gerar uma ilusão de nacionalização, haja vista que com tal capital seria ainda possível se exercer o controle dessas empresas, a depender do modo como fosse a organização societária.

1.1.3. Estatização do Serviço

A estatização, etapa seguinte, começou a se dar com a lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro das Telecomunicações) que institui o Sistema Nacional de Telecomunicações²⁴, atribuindo também os serviços de telecomunicações exclusivamente à União²⁵. Essa incorporação de funções econômicas feita pela União, apesar de assumido pelo regime militar²⁶, é anterior a ele. Compôs o plano de

²² BRASIL. Lei n.º 2.597 de 1955. Art. 6º *São consideradas de interesse áa a segurança nacional: a) as indústrias de armas e munições; b) a pesquisa, lavra e aproveitamento de reservas minerais; c) a exploração de energia elétrica, slavo a de potência infrior a 150kw; d) as fábricas e laboratórios de explosivos de qualquer naturez que se destine a uso bélico; e) os meios de comunicação como rádio, televisão, telefone e telégrafo.*

²³ BRASIL. Lei 2.597 de 1955. Art. 7º *Nas indústrias e atividades enumeradas no artigo anterior é obrigatório: I – que 51% (cinqüenta e um por cento) do capital das empresas, no mínimo, pertença a brasileiros; II – que o quadro pessoal seja constituído, ao menos, de dois terços de trabalhadorres nacionais; III – que a administração ou gerência caiba a brasileiros, ou à maioria de brasileiros, assegurados a estes poderes predominantes.*

²⁴ BRASIL. Lei nº 4.117/62 Art. 7º *Os meios, através dos quais se executam os serviços de telecomunicações, constituirão troncos e redes contínuos, que formarão o Sistema Nacional de Telecomunicações.*

²⁵ BRASIL. Lei n.º 4.717 de 1962. Art. 10. *Compete privativamente à União: I – manter e explorar diretamente: a) os serviçs dos troncos que integram o Sistema Nacional de Telecomunicações, inclusive suas conexões internacionais; (...) II – fiscalizar os Serviços de teecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos.*

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 2.

estatização das atividades relevantes ao interesse de desenvolvimento nacional implementado pelo então presidente João Goulart.

Depois, com a lei 5.792/72, criou-se uma empresa de economia mista para agrupar os serviços de telecomunicações de todo o espaço nacional, que foi designada de TELEBRÁS, abreviação de Telecomunicações Brasileiras S/A. Ela foi o *holding* da União que agregou as empresas encarregadas da exploração dos serviços de telefonia nos Estados, como também a Embratel, que recebeu o objetivo, da sua instituição pela lei 4.717/62, de prestar os serviços dependente da ligação dos Estados. Dessa forma restou sob o controle da nova TELEBRÁS, por possuir o capital votante majoritário em todas as companhias de telefonia operantes, cerca de 28 empresas com operações regionais²⁷. A concentração econômica efetivou-se, portanto, a partir do Sistema Telebrás.

No plano teleológico, importante se ver que o regime jurídico delineado no Código das Telecomunicações de 1.962, segundo o art. 30, foi para uma progressiva estatização desses serviços. Não se adotou a posição de expropriação, pois nada se faria a toque de caixa. De se ver, por outro lado, o reconhecimento do legislador que excessivamente onerosa uma imediata desapropriação dos direitos de concessão, permissão e autorização dos então operadores.

O comando, no entanto, era de que os serviços deveriam ser explorados diretamente pela União. A forma é da atuação direta do Estado na economia, mediante uma empresa pública, conforme se lê do §1º. A incorporação dos serviços antes prestados no âmbito local à essa empresa, ainda a ser instituída, se daria “à medida que expirarem as concessões ou autorizações vigentes ou que se tornar conveniente à revogação das autorizações sem prazo determinado”. Essa perspectiva de longo prazo, foi de súbito efetivada em 1972, com a lei 5.792 que enfim constituiu a antes mencionada Telebrás.

O objetivo estratégico para tais serviços seria de integração nacional com a unificação tecnológica, garantindo-se uma igualdade mínima de tratamento dos usuários. A sua ação primária de incorporação das outras empresas então existentes

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 2.

se daria mediante a aquisição de capital, suficiente para proporcionar poder de controle²⁸. De outro lado, foi-lhe concedido poder de desapropriação, conforme o art. 13 da lei 5.792/72. Esse poder deu condições efetivas a que o programa de estatização ocorresse.

Tal situação é perpetuada mesmo com a Constituinte de 1988 que redefiniu o modelo político e econômico do Estado. A titularização pela União desses serviços constou na Constituição dentre as competências materiais da União. Ainda mais, cristalizou-se que os serviços haveriam de ser prestados diretamente ou por concessão a empresa de controle acionário estatal, segundo o inc. XI, art. 21 da CF²⁹, vigente até a superveniente alteração pela Emenda Constitucional nº 8/1995.

O ânimo para continuidade do controle estatal desses serviços foi de tal modo saliente que nos Atos de Disposições Transitórias da Consituição, art. 66, mantiveram-se as concessões estavam em vigor à data da promulgação da Constituição³⁰. Dessa maneira, pouca era a perspectiva que à curto prazo ocorresse uma guinada para abertura de mercado, em detrimento do monopólio público dos bens produtivos.

Embora os serviços estivessem regulados em lei e sua prestação tenha sido gradativamente ampliada pelo pelo poder público, a normatização para benefício do usuário e do próprio aperfeiçoamento tecnológico e funcional deles foi praticamente inexistente³¹. Ademais, os órgãos encarregados de emitir regras para o setor não eram compostos por recursos humanos especializados em telecomunicações, basta conferir a composição do Conselho Nacional de Telecomunicações, art. 15 da lei nº, 4.117/1962. Para acesso ao cargo não se exigiu qualquer requisito pelo qual se levasse em consideração a qualificação técnico-profissional dos candidatos ao cargo. Esse quadro era completado pela subordinação

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* . p. 3.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 3.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 3.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p.3; e, MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito das Telecomunicações e Anatel.* p. 302.

direta do Conselho ao presidente, como visto no art. 14. Dessa forma, a regulamentação e regulação foi feita para defesa da manutenção do monopólio sob controle público, sem haver preocupação na prestação eficiente do serviço para os cidadãos-usuários.

1.1.4. Flexibilização no Liberalismo Brasileiro

O quadro, no entanto, assumiu outra dimensão com a eleição de Fernando Collor para a presidência. Logo pôs em prática seu discurso de liberalização. A realidade disso é vista pelo Programa Nacional de Desestatização, provido na lei nº. 8.031/90. Dentre os objetivos afirmados no art. 1º está o de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. A simples leitura do texto dá dimensão das diretrizes que dominariam a política econômica a partir de então.

Diferente não se deu com Fernando Henrique Cardoso que levou ao cabo o que se iniciou por seu antecessor mediato. Os dois objetivos básicos que guiaram a reforma setorial das telecomunicações, sob o plano da reforma econômica do Estado, estaria na migração das empresas então estatais para o controle da iniciativa privada e a implantação de um ambiente concorrencial com o término do monopólio estatal³².

Com um Fundo Nacional de Desestatização, de natureza contábil, já constituído para receber as verbas decorrentes da venda do aparato empresarial estatal, o problema existente era tão-só o de operacionalizar a transmissão e definir qual a seqüência dos serviços a serem transferidos à execução de particulares. E, nesse momento, as telecomunicações ocuparam posição privilegiada, visto que a Emenda Constitucional nº 08/95 significa o marco de início da abertura dos serviços públicos à atuação privada, ainda que por via mediata, da concessão e permissão pública.

A emenda foi resultado da avaliação negativa que se fez do modelo centralizado de administração dos serviços de telecomunicações dentro do conjunto

³² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 3.

de críticas que se faziam aos monopólios públicos. Bem como, da evolução tecnológica³³. A telefonia havia evoluído sobremaneira (vejam-se, a exemplo, telefonia celular e até a internet, equipamento de convergência tecnológica), fato que proporcionava com que o serviço viesse a ser explorado em concorrência, por via de redes alternativas ou mesmo das mesmas, com a diferença de ter o potencial de transmissão ampliado pelo uso de novas tecnologias. Retirou-se, assim, o obstáculo de investimento em capital fixo de infra-estrutura, com dificuldade de retorno financeiro.

A inovação trazida com a emenda não se reduziu à ruptura com a forma monopolizada como se fazia a exploração dos serviços de telecomunicação. Isso porque houve a previsão, então original no direito do Brasil, da possibilidade de implantação de um órgão regulador que significava a realização da importação do modelo institucional dos Estados Unidos da América. Foi naquele contexto que se erigiram as *agências*, com objetivo de regular e acompanhar as atividades econômicas que, em meio aos jogos das decisões políticas, ganhavam maior destaque.

Surgiu de forma inovadora a figura da autorização. Isso porque o agente privado poderia ingressar na prestação do serviço tão-só por concessão ou permissão, instrumentos jurídicos pelos quais se afirma a titularidade do Estado. Já com a autorização, o Poder Público não possui o mesmo privilégio, porque o ato de autorizar é modo de restringir o princípio da livre iniciativa na atividade. Ao Estado, então, corresponde o dever de conceder a autorização caso preenchidos todos os requisitos normativos obrigatórios, sejam de leis ou regulamentos, para a prestação do serviço³⁴.

O período que compreende a edição da emenda até que fosse editada a Lei Geral de Telecomunicações, em 1997, chama-se de *flexibilização*. Embora a desestatização fosse o objetivo ela não havia sido incorporada aos segmentos econômicos e aos órgãos reguladores. Os textos legais dessa época que melhor manifestam esse pensamento são três, a Lei Geral das Concessões dos serviços

³³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Op. Cit.* p. 301.

³⁴ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *Op. Cit.* p. 37-39.

públicos, nº 8.987/95, a Lei da Televisão a Cabo, nº 8.977/95 e a Lei Mínima de Telecomunicações, nº 9.295/96³⁵. A lei de concessões foi preparada para uma abertura econômica, pela qual o Estado passaria a compartilhar a exploração de serviços a ele até então reservados com a iniciativa privada. No âmbito das telecomunicações, serviu de parâmetro para edição da Lei Mínima que autorizou novas concessões de outorgas, já sob o regime da nova Emenda da Constituição que pôs fim ao monopólio público da TELEBRÁS.

A oferta da prestação dos serviços de telefonia fixa e serviços dependentes de sua rede mantiveram-se em poder da União nesse período, e não se havia expectativa para uma passagem a curto prazo da exploração de grande extensão deles aos agentes privados³⁶. Dessa forma, na ausência de agências reguladoras independentes encarregadas da prestação desses serviços, a incumbência de regulamentação (art. 29 da Lei nº 8.987/95³⁷) restou para os Ministério das Telecomunicações.

1.1.5. Privatização e Formação de um Setor de Mercado

Enfim surge a fase das privatizações e pós-privatizações com a Lei nº. 9.472/97. Nesse momento que se instituiu a Agência Nacional das Telecomunicações que tornou-se encarregada da regulação do setor. Desse modo, houve maior segurança de realização dos interesses e objetivos públicos, especificamente definidos em lei, que, desde o momento da apropriação dos meios de produção pelos agentes particular, deveriam ser realizados por agentes de mercado particulares.

O instrumento normativo que deu condições concretas de distribuição de concessões foi o Plano Geral de Outorgas. Por ele se dividiu o território nacional

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 3.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 4.

³⁷ BRASIL. Lei n.º 8.987 de 1995. Art. 29. *Incumbe ao poder concedente: I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II aplicar as énalidades regulamentares e contratuais; III – intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV – extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V – homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamnetares do serviço e as cláusulas contratuais da cconcessão; (...)*

em regiões (quatro) e setores (trinta e quatro) a fim de restringir a atuação dos agentes econômicos ingressantes, em espaços bem demarcados no objetivo de se permitir concorrência entre agentes com menor capital para investimento. Como antes exposto, a desestatização deu-se para o acréscimo de eficiência a ser obtido pela implantação de concorrência real. Ao ser implantada, a expectativa foi de ocorresse redução de custos pela otimização dos recursos e desenvolvimento de novas tecnologias, sempre segundo o princípio de que no mercado saem vencendo os que fazem a melhor produção, em qualidade e quantidade.

Efetivada a implantação de um ambiente econômico concorrencial nas telecomunicações, que se possibilitou por concomitante formação de agente regulador independente, o direito administrativo brasileiro abriu-se ao pensamento contemporâneo que o divide em subsistemas jurídicos próprios pela especificidade dos princípios e finalidade (vista no pensamento de Giannini, Gordillo, Cassesse)³⁸.

De se dizer, no entanto, que não se formou nas telecomunicações um subsistema próprio no âmbito da doutrina pois não se aperfeiçoou a linguagem de modo suficiente a fim de que se separe dos demais. Por isso, a afirmação de Carlos Ari Sundfeld³⁹ é tanto quanto precipitada, pois constata-se um diploma legal específico mas não subsistema jurídico por necessidade de maior debate e trabalho doutrinário na matéria.

1.2 Regulação de Setor e Agência Reguladora

1.2.1. Insuficiência do Mercado para Assegurar Própria Estabilidade

A relação do Estado com a Economia é necessária. Tal afirmação provém da conclusão de que o existe para o que há de mais relevante na sociedade, e a relevância social na sociedade capitalista se dá à medida que algum agente exerce controle sobre as relações de produção e, de outra face, distribuição dos bens econômicos, que, por sua vez, estão ligados à sobrevivência, reprodução e bem-estar

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. Cit.* . p. 302.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 4.

dos indivíduos. A forma como o controle pode ser exercido, no entanto, é problemático, pois deriva de diversas causas e é possível de ocorrer por diversas formas.

A relação do Estado regulador se dá tendo por base certo discurso econômico que tem por objetivo mostrar que é necessária a atuação e intervenção do Estado na Economia, dando, de outro lado, limites para a sua realização. A ação estatal é lastreada por discurso econômico de correção de mercado que justifica a regulação. De acordo com as necessidades observadas no mercado que se forma a agência reguladora para o setor que funciona na medida em que se percebem necessidades no mercado.

Deve-se frisar que o discurso da regulação surge diante da falência do discurso liberal (especialmente nas economias desenvolvidas), que se assenta no tripé: constituição, códigos de Direito privado e poder de polícia⁴⁰. A insuficiência do discurso liberal se põe à mostra devidos as falhas do mercado. Assim, no novo discurso pretende-se superar os obstáculos que o antecedente não teve condição de vencer, pela correção ou ao menos diminuição das falhas encontradas. E, visto que são as falhas (ou a correção das mesmas) que estão no centro da ação estatal, serão objeto da exposição seguinte.

1.2.2. Falhas de Mercado: Demanda por Ação do Estado

Conforme leciona Fábio Nusdeo as falhas ou inoperacionalidades do mercado⁴¹ em seu funcionamento conforme doutrina liberal, consistiriam nas seguintes situações: a. (i) mobilidade dos fatores e agentes produtivos; b. dificuldade do empresariado no acesso de informações relevantes quanto às variáveis de mercado; c. poder econômico concentrado na mão de um ou poucos empreendedores bem

⁴⁰ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico* 4ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 141.

⁴¹ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 142.

organizados; d. produção de custos não incorporados no mercado; e. falta de incentivo na produção de bens públicos. Dessas falhas se fará exposição breve com mínimo grau de detalhes a seguir.

1.2.2.1 De Mobilidade dos Agentes Produtores

No que se refere às falhas relacionadas à mobilidade, ficam evidenciadas nos momentos das crises econômicas, decorrentes de superprodução ou subprodução de bens econômicos⁴². No discurso liberal o conjunto dos empresários responderia com devida celeridade as demandas do consumidor, mediante o estímulo dos preços. A realidade, muito embora, não foi fiel ao discurso, devido à rigidez ligada a inércia dos agentes incumbidos da produção e circulação. A rigidez do setor empresarial pode ser de diversas naturezas: física, operacional, institucional ou psicológica⁴³.

A resposta forjada, foi embasada na teoria econômica de Keynes, que afirmou ser possível a superação da crise pela intervenção do Estado. A meta seria aproximar-se do pleno-emprego. Para isso o Estado deveria fomentar setores da economia, em momentos de crise, pela assunção de compromissos que ultrapassassem sua arrecadação atual, o que significa déficit orçamentário⁴⁴. O equilíbrio monetário seria recuperado nos momentos de prosperidade, que seria acompanhado de ajustes fiscais, com diminuição dos gastos públicos. A política esteve presente no modelo de Roosevelt nos Estados Unidos e afetou indiretamente o Brasil.

1.2.2.2 Assimetria de Informações dos Agentes de Mercado

De outro lado, haveria a falha relacionada à informação, pois os vários capitalistas competidores, de um lado, e consumidores que adquirir os bens daqueles, de outro, não possuem informações em igual qualidade ou quantidade. Disso são

⁴² NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 142.

⁴³ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.*, p. 143.

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.*, pp. 144-145.

decorrentes decisões que causam benefícios de uma das partes de modo injusto. O discurso clássico afirmava que o preço seria medida suficiente de informação quanto ao mercado dos bens, trazendo consigo a informação adequada e precisa quanto à escassez bem como seus potenciais benefícios frente aqueles que os vierem consumir.

A resposta jurídica que um Estado, senão intervencionista, ao menos regulador, é da correção mediada pela imposição de deveres de informação⁴⁵. Assim, caso houver algum prejudicado pelas escolhas, isso não se daria por uma assimetria desproporcional quanto à informação, comum em uma economia com alto grau de capilaridade, cujas informações, de consequência, são igualmente muito especializadas. No Brasil isso é visto de melhor maneira no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) pela qual foram impostos inúmeros deveres de informação em benefício do consumidor⁴⁶.

1.2.2.3 Crise na Concorrência: Monopólio ou Oligopólio

Outrossim, caso o poder econômico se organize de forma a proporcionar vantagens a alguns agentes capitalistas ou consumidores em detrimento do interesse geral capitalista (que é, em síntese, a distribuição dos recursos em competição) também nisso há falha de mercado.

A doutrina liberal tinha como uma de suas premissas, a constituição de um mercado com produção e consumo atomizado, pulverizado, longe dos quadros de concentração econômica mais drásticos, como o são o monopólio e o monopsonio (único produtor ou adquirente, respectivamente), o que de certo modo garantia, na teoria, a concorrência⁴⁷. Tal pensamento foi possível quando os meios de produção eram relativamente simples o que viabilizava sua aquisição por parcela considerável das pessoas que se habilitavam para o ofício, mas o desenvolvimento ocasionado

⁴⁵ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* .p. 147.

⁴⁶ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* .p. 148.

⁴⁷ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* .p. 149-150.

pelas revoluções industriais, com as economias de escalas, alterou o panorama, aumentando o custo em capital fixo para efetivo ingresso nos mercados.

A vantagem de competição que os possuidores do capital e tecnologia adquiriram em relação aos demais concorrentes dava-lhes em certo momento as condições de determinar os preços e a quantidade a ser oferecida. Restou um mercado, assim, sem mecanismos próprios de controle, antes existente devido pela concorrência. As decisões, então, afastam-se da objetividade das leis de mercado, para passarem a operar segundo os padrões estabelecidos por empresas. O aumento da procura, nessas circunstâncias, pode originar um aumento dos preços, ao invés, de um acréscimo na oferta, distorcendo o sentido dos estímulos de oferta e procura, situação que por sua vez restringe artificialmente o acesso aos bens e serviços.

Com o escopo de proteger a concorrência no mercado e afastar a prática de abusividades, criaram-se leis nas quais se preveram tipos de condutas de agentes individuais ou orquestradas em conjunto (e.g. venda casada ou cartel e truste) nas quais se diminuiam o espaço para tomada de decisão dos operadores menos organizados⁴⁸.

1.2.2.4 Externalidades Negativas à Produção e Consumo

Outra falha advém da não incorporação de custos ou benefícios ocorridos da produção ou consumo de bens aos seus preços, ficando assim externos ao cômputo do mercado⁴⁹. Na doutrina econômica, tal situação ganhou o nome de externalidade, positivas ou negativas. Visto que cabe ao Estado primordialmente identificar danos e tratá-los de modo a corrigi-los, as que chamaram mais atenção foram as negativas. Estas resultam da não incorporação de danos reais gerados na produção ou consumo dos bens aos preços, sendo que o exemplo mais comum é a poluição industrial ou automobilística. Estão excluídas do que se designa por externalidades as atividades ilícitas, infringindo as regras do jogo do mercado⁵⁰.

⁴⁸ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 154.

⁴⁹ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 155.

⁵⁰ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 156.

Assim, as externalidades são reflexo do despreparo do arcabouço legal em “identificar e atribuir tais custos adequadamente”⁵¹.

As externalidades estariam ligadas ao fato de que a alguns bens ou interesses individualizáveis não teriam se relacionado os direitos de propriedade que lhes poderiam ser correspondente, o que se considere que haja lesão à esfera de direitos individuais de outrem, como é a propriedade. O dano gerado pelas externalidades negativas não é acompanhado de preço específico, podendo ser afetados de modo gratuito. Poderiam ser deliberadamente e continuamente lesados tais interesses e bens, não fosse pela atuação normativa do Estado. O objetivo dessa atuação é reverter os custos aos integrantes das relações causadoras de externalidades, visto que em outro momento foram suportados por toda a sociedade, ou se não por toda, ao menos por grupo estranho aos beneficiários das relações econômicas geradora de externalidades. O direito ambiental e urbanístico são expressivos desse propósito de reverter externalidades negativas. Nesse cenário, o instituto jurídico que permite a internalização de custos com maior ductibilidade conceitual é o interesse difuso, que se contrapõe ao interesse individual, limitando-o⁵².

1.2.2.5. Falha de Sinalização de Preferências pelos Bens Coletivos

Por fim, entre as falhas encontra-se também a falta de incentivo dos agentes econômicos em produzir e ofertar bens coletivos, pela ausência de estímulos hedonistas. Bens dessa qualidade atendem as necessidades de elevado número de indivíduos ao mesmo tempo, são, por essa via, includentes quanto ao uso. O seu consumo opera-se em preferência oculta, pois os usuários se valeram dele sem manifestar sua preferência por ele. É o contrário do que nos casos de o bem ser de uso exclusivo, em que o consumidor manifesta sua preferência ao dispor de sua renda para adquirí-lo.

⁵¹ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* p. 157. O autor também fornece exemplo caricatural. Veja-se: “Os programas de televisão são vistos popularmente como algo oferecido gratuitamente aos espectadores. No entanto, é claro haver um custo, não pecuniário, a eles imposto, pela perda de tempo – e, em muitos casos, pelo emburrecimento – causados pela reiteração a curtos intervalos de propaganda comercial.”, p. 158.

⁵² NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* .p. 163.

Caso a economia seja pautada estritamente em valores de mercado, dar-se-á maior vazão à produção de bens que tenham utilidade exclusiva, em detrimento da pública⁵³. Em razão desses bens serem direcionados a um público despersonalizado, a sinalização quanto sua necessidade resta prejudicada. Há de se considerar que uma falta de sinalização quanto à necessidade dos bens, em razão de não se contribuir com dinheiro de modo suficiente para obtê-los, não significa que não exista valor ou demanda para ele. A sinalização da demanda, então, dar-se-á não pelas vias do mercado, mas pelas vias políticas ou de comunicação social (imprensa, sindicatos, associações de moradores, partidos políticos, etc).

Pela pluralidade de externalidades positivas envolvidas na fruição desses bens, o Estado se encarrega de prestá-los na modalidade de serviço público ou fomenta sua prestação na iniciativa privada por particulares. A ordem liberal foi bastante reticente quanto à possibilidade da entrada do Estado no fornecimento desses bens, mas a falta de estímulo inerente ao mesmo levou o Estado a incorporá-los progressivamente ao âmbito de sua competência⁵⁴. Nesse espaço estão incluídos os serviços de telecomunicações.

1.2.3. Alternativas de Regulação

Apreendido o discurso que fundamenta e legitima a regulação, importa discorrer sobre o seu formato. Aquele que foi eleito mais apropriado à correção das falhas de mercado no mundo contemporâneo. No sentido material, ela se especializa de acordo com diferentes setores econômicos identificados na economias de mercado. Já em sentido formal, político e jurídico, a regulação brasileira é, predominantemente, originada no Estado⁵⁵.

A regulação setorial é a mais adaptada à complexa divisão social do trabalho, e também sensível à variação da forma de ser do capital. A pluralidade de bens e serviços exigiu sua classificação para melhor conhecê-los, o conhecimento daí

⁵³ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.* .p. 164.

⁵⁴ NUSDEO, Fábio. *Op. Cit.*. p. 166.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32.

obtido torna, então, possível a manipulação e alocação dos recursos de acordo com sua espécie. Assim torna-se mais possível a satisfação dos interesses individuais e coletivos detalhados e identificados em cada setor⁵⁶.

A informação especializada adjacente a essa pluralidade dos bens e serviços disponíveis no mercado se divide em setores. Nessas estruturas, não se admite que o direito fique alheio e continue a tratá-lo na moldura da regra geral e abstrata defendida no positivismo jurídico do início do século XX. Isso compromete a utilidade e racionalidade do direito, refletida diretamente na perda de sua legitimidade. A conseqüente é a ausência aceitação social de seu discurso, que é comunicado através de princípios e regras jurídicas. Nessa esteira, a regulação também está repartida em vários centros de decisão que ela faz de modo policêntrico.

O fenômeno da regulação não é uniforme. O Estado não é figura essencial para que aconteça. A regulação econômica está vinculada a normas objetivas de conduta, de fonte variável, mas cujos destinatários são determinados a partir de seu envolvimento com a produção ou consumo de certos bens econômicos.

Nessa via, não há determinação conceitual de quem seja o sujeito emissor das normas. Assim, pode ser tanto integrante(s) da sociedade civil quanto da política, isso irá depender da configuração jurídica dada em meio ao jogo das forças políticas em meio ao contexto histórico-cultural.

1.2.3.1 Auto-regulação de Mercado

A regulação de mercado, ou auto-regulação, dá-se puramente pela ação dos agentes de mercado⁵⁷. Depende, no entanto, de organização interna, bem como representatividade externa (diante do Estado e outros órgãos da sociedade civil), e cujas decisões, tomadas em deliberação conjunta, devem ter efetiva influência os integrantes do mercado por ela tangenciada.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 265.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* p. 31.

Ocorre em mercados que tenham se formado em concorrência e cuja formação do capital produtivo tenha se dado sem a intervenção ou atuação do Estado. Dessa forma, houve oportunidade de formar-se, assim, um mercado com competidores que foram progressivamente se organizando, em associações ou corporações de fins econômicos, de modo a criar regras que viessem permitir aos competidores equalizar suas forças, por regras por eles próprios produzidas.

Os efeitos, no entanto, dessa atividade não estão restritos aos seus participantes. Por isso, os interesses das comunidades afetadas devem ser incorporados de modo consciente às instâncias deliberativas. A auto-regulação embora tenha destinatários precisos, possuem efeitos transcendentais ao setor, podendo se contrapor a ele interesses externos, gerais, coletivos e públicos. Assim, pode-se prescindir do agir estatal, caso a sua ação tenha correspondido eficazmente as expectativas sociais e políticas quanto aos interesses públicos (sociais) e específicos (econômicos) a eles relacionados⁵⁸.

A eficácia desse sistema há de ser mensurada nas instâncias políticas, nas quais se apresentam as demandas coletivas das diversas classes sociais e econômicas. Caso a regulação se mostre apta apenas a beneficiar os próprios agentes que a promovem, ou não corrija as falhas de mercado, irá ser agregada dentre as competências do Estado, e ser diretamente ou por órgão regulador autônomo.

Provável que não haja a regulação por regras advindas do Estado caso as deliberações e decisões tomadas na forma associativa, formem uma pauta de valores delineados, junto a uma verificação concreta das oportunidades de competição e potenciais ameaças ao equilíbrio de mercado. Há de se levar em conta que quanto maior a oportunidade de participação dos competidores de menor capital nas instâncias deliberativas se dá melhor oportunidade de se diagnosticar os problemas e, assim, tomar as providências necessárias.

O Estado, no entanto, é agente importante na regulação, bem porque a iniciativa privada, movida pelo hedonismo, não se propõe, na maior parte do tempo,

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 401.

a equilibrar os interesses sociais e individuais (presentes e futuros), o que acaba gerando problemas econômicos e políticos. E por representar uma pluralidade de classes e contar com poder de impor suas decisões coercitivamente, o Estado volta-se aos diferentes mercados onde foram constatadas as falhas, oferecendo-se a resolver os problemas (ao menos parcialmente), seja atuando nele diretamente ou intervindo nele por via de regulamentação e fiscalização.

1.2.3.2 Regulação Heterônoma pelo Estado

A regulação estatal, no senso restrito, acontece por via das atividades de regulamentação e fiscalização (aquela se faz para viabilizar esta). Pode ocorrer sobre as atividades integrantes do âmbito econômico de domínio privado ou público. Um serviço delegado também é alvo da regulação, a sua prestação mediata não admite que o Estado sobreponha seus interesses aos particulares delegatários sem uma pauta de ação bem definida, fundada em um senso de legalidade objetivo. A diferença da regulação sobre atividade delegada e privada é o controle de oportunidades que o Estado pode fazer, e os instrumentos de que dispõe para fazê-lo (e.g.: na atividade pública a permissão ou concessão são admitidos, enquanto na privada pode se intervir pela autorização ou atos de poder de polícia)⁵⁹.

Em havendo a atuação direta do Estado na economia para suprir a demanda por meio de estatais (empresas públicas ou de capital misto), a regulação é deficitária. Uma explicação é a de que o Estado estaria interessado na falta de regulamentação, pois a atividade é via de receitas, algo plausível para um Estado em que há um alto grau de corrupção e cujo desenvolvimento social é baixo. De outro lado, há a explicação menos perversa de que não agiria com os interesses hedonísticos dos agentes privados sendo desnecessário impor esse custo de regulação ao Estado, que na prestação do serviço incorpora os interesses coletivos que ao particular não interessaria.

1.2.4. Modelo Regulatório do Brasil

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 386.

Portanto, quanto aos sujeitos envolvidos, a regulação pode ser assumida diretamente pelo Estado ou ser produzida pelo próprio mercado, no fenômeno conhecido por auto-regulação, mais raro. A transição da regulação estatal (em cujo âmbito há um ente estatal que centraliza a tomada de decisões) para a auto-regulação pura (em que os agentes de mercado têm eminência) chama-se de desregulação. No Brasil, quando feita a desestatização da economia ou “desprivatização” Estado (GRAU), não foi aceita⁶⁰.

A Argentina, diversamente, teria levado tal empreitada adiante por conta da hiperinflação dada nos anos de 1989 e 1990⁶¹, estruturalmente combinada a uma economia de improdutiva que depende do aumento de preços para equilibrar sua possibilidade de oferta com a procura. Desregulação para Bustamante, seria possível pela criação de direitos de propriedade nos espaço em que se geravam os custos de transação e as externalidades negativas⁶².

A desestatização da economia (ou desprivatização do Estado) foi acompanhada pela reconfiguração da Administração Pública que se desincumbia da prestação direta de serviços públicos. Surgiu um novo modelo de órgão administrativa para implementar a regulação, a agência reguladora. Isso se fez para proporcionar maior confiança dos agentes privados que se desejava atrair para esses setores da economia. A ele se direcionava a expectativa de aporte do capital então necessário para que a empreitada desestatizante não viesse a ser um fracasso, ao atrair parcela

⁶⁰ GRAU, Eros. *Op. Cit.* p. 46.

⁶¹ BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación: Entre El Derecho y La Economía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. pp. 133.

⁶² BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Op. Cit.* pp. 100. Veja-se: *Cuando el potencial de abuso sobre los terceros no se plantea a través de los precios, sino mediante la imposición de costos no deseados, la alternativa tradicional, propuesta por Pigou, era la fijación de impuestos por un monto equivalente al valor del daño no internalizado. La alternativa más moderna, es la creación de derechos de propiedad transferibles, de modo que puedan negociarse en el mercado. Las formas tradicionales de regulación de las externalidades han sido por directivas o por incentivos. (...) La forma más moderna de intentar una solución más perfecta al problema es abandonando la regulación y crear “derechos de propiedad”. Las externalidades negativas se originan por falta de derechos de propiedad (o correlativamente, sistemas de responsabilidad civil) que permitan reconocer el status jurídico de las partes involucradas, a efectos de que sea posible negociar el valor de las consecuencias dañosas en el mercado. Los juristas reconocerán en este problema la misma cuestión que se analiza en la teoría de los intereses difusos.*

do empresariado mais qualificado técnica e gerencialmente e cuja representatividade no capital fosse mais baixa que o desejado⁶³.

Os entes antes referidos contariam com uma independência em relação ao Estado central e situar-se-iam em uma zona intermediária entre mercado e governo. Dessa forma, foi concebido um modelo de ente estatal que assumia os contornos básicos da autarquia, mas com um corpo diretivo com maior autonomia frente ao governo de plantão.

1.3 Agência Nacional de Telecomunicações: Competências

1.3.1. Anatel: Instituição e Regulamento

Hoje, a regulação no contexto das telecomunicações é feita pela ANATEL. Neste tópico o objetivo central é desdobrar as atribuições que o Estado lhe conferiu, ao instituí-la. É de se ressaltar que embora sua grande complexidade teórica a entidade é inovadora na prática, ou seja, suas funções concretas ainda haveriam de ganhar particularidade, contorno próprio, por via de sua atuação administrativa, afirmando-se historicamente como instituição.

Para melhor analisar as competências da agência, é relevante fazer antes um esboço de sua estrutura e organização⁶⁴. As bases legais para a compreensão da instituição são a lei que a criou (lei n.º 9.472 de 1997), o decreto que a instituiu e regulamentou (Decreto n.º 2.338 de 1997) e o regimento interno (Resolução da Anatel n.º 270 de 2001, ora vigente), que operacionaliza seu funcionamento, mediante a distribuição interna de competências e o estabelecimento das normas a serem adotadas nos procedimentos que deve levar a efeito.

A espécie de entidade administrativa em que a agência reguladora foi amoldada em sua criação é a de autarquia. Portanto, entidade pública de capacidade

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* . p. 414-416.

⁶⁴ A esse respeito vale citar JUSTEN FILHO: “Não há competências estatais autônomas sem instituição de titulares específicos. A organização constitucional do Estado propicia, portanto, a partilha de competências entre órgãos e entes identificados e diferenciados.” *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. p. 416.

meramente administrativa⁶⁵. Por ser uma entidade, possui personalidade jurídica própria, a despeito de ser integrante da Administração Pública indireta⁶⁶. De pronto, percebe-se a incoerência do legislador que no enunciado do Livro II da LGT, o trata como órgão, situação esta que não se coaduna com sua personalidade jurídica diversa.

1.3.2. Ministério das Comunicações e Anatel

É um ente que se liga à Administração central pelo Ministério das Comunicações, por isso é a esse órgão que incumbe mediar a interação entre a agência e a Administração central, no que se refere à escolha e avaliação da composição dos órgãos de cúpula da agência, bem como no que tange ao encaminhamento de proposições de seu interesse à Presidência, se depender de implementação advinda de órgão com competências mais abrangentes.

As agências não incorporam um modelo autárquico puro, seu regime é especial. Isso significa que não é suficiente analisar sua organização a partir do Decreto-lei n.º 200 de 1967. Estas inserem-se em um regime de maior autonomia em relação aos órgãos estritamente políticos, situação que decorre da ideologia liberal que a acompanha, que objetiva lhe dar uma atuação de fins predominantemente econômicos, que é a de formar e manter um ambiente concorrencial. Dessa maneira, o art. 8º⁶⁷ que trata do regime especial dessa autarquia, melhor especificado no seu segundo parágrafo⁶⁸, deve ser lido a partir da teleologia de construção de uma entidade plenamente autônoma frente ao Estado, de um lado, e confiável para o investimento de capital privado no setor, de outro.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Edição. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 156.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* . p. 387.

⁶⁷ BRASIL. Lei n.º 9.472 de 1997. Art. 8º *Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.*

⁶⁸ BRASIL. Art. 8º (...) §2º. *A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.*

1.3.3. Regime Jurídico Autárquico Especial

O regime autárquico especial⁶⁹ que foi desenvolvido para servir seu funcionamento, é qualificado pela ausência da subordinação hierárquica e pelo fato de os integrantes dos órgãos de cúpula apresentarem mandatos fixos. Configuração essa feita para garantir a independência política do poder central, responsável pela inicial escolha dos conselheiros dos órgãos superiores.

Em favor de que a ausência de subordinação não se cingisse de conteúdo meramente semântico sem correspondência normativa, foi-lhe resguardada plena autonomia financeira e independência administrativa, as quais, devem ser entendidas como corolário da ausência de subordinação hierárquica⁷⁰. Fato este que, obviamente, não significa ausência de compromisso com transparência e prestação de contas, deveres estes que informam a Administração como um todo (art. 37, *caput*, CF).

Assim, as ações do Poder Executivo no âmbito da atividade da agência reguladora estão taxativamente expostas na LGT. No art. 18 foram alistadas as competências do poder central em matéria de telecomunicações. As mesmas não são delegáveis, a agência nesse âmbito pode exercer, no máximo, papel secundário, de modo preparatório ou consultivo (art. 19, inc. III, LGT). Dos incisos, três dos quatro têm relação com a regulamentação da forma como se dará a exploração dos serviços

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* . p. 391.

⁷⁰ Tal afirmação implica em limitação das atribuições de tutela previstas no Decreto-lei n.º 200/1967, art. 26: “No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I – a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II – A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de outaçaõ da entidade. III – A eficiência administrativa. IV – A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle; f) fixação, em níveis compatíveis com critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; i) intervenção, por motivo de interesse público.”

de telecomunicações a serem prestados em regime público, quais as modalidades afetas a ele, assim como os planos setoriais que veiculam interesses sociais, sem a correspondência econômica. O outro inciso, no entanto, refere-se ao arranjo societário de empresas públicas (inc. IV), junto a outra norma que versa sobre a possibilidade de restrição de capital estrangeiro nas empresas atuantes no setor (parágrafo único).

1.3.4. Estrutura e Principais Órgãos

A estrutura interna na LGT é definida pela presença de dois órgãos essenciais compondo a agência, os quais são acompanhados pelo qualificativo superior, são eles o Conselho Superior e Conselho Consultivo. O decreto n.º 2.338/97 especifica melhor, mantendo o lineamento geral da LGT, referindo-se no capítulo que trata da estrutura organizacional a outros órgãos: Ouvidoria, Procuradoria, Corregedoria, Comitês e Superintendências, cada um em uma seção particular.

Muito embora o Decreto traga uma composição orgânica complexa, é o Regimento Interno (resoluções nºs 01/97, 197/99 e 270/01, vigente) que vem dar a real estrutura organizativa da agência, revelando a topografia do poder interno. O Regimento vigente reserva o título V para expor as linhas da estrutura organizacional da agência, arts. 99 a 124 do RI. Pode ser classificada em dois grupos de órgãos, (a) a presidência e os órgãos com vinculação diretamente a ela, e (b) as superintendências, que são seis órgãos encarregados da execução da atividade executiva da agência (Decreto n.º 2.338/97, art. 61⁷¹). A novidade do último RI em relação ao Decreto, é que nele se institui a Superintendência de Universalização. Isso tanto demonstra a importância teórica da matéria, como, de outro lado, um pré-existente desinteresse prático em promover as medidas a ela atinentes, no conjunto de atribuições conferidas à Superintendência de Serviços Públicos, o que mostra que foi, a princípio, relegada a um segundo plano.

1.3.4.1 Do Conselho Diretor

⁷¹ BRASIL. Decreto nº 2.338 de 1997. Art. 61. *A estrutura da Agência compreenderá, ainda, como órgãos executivos, superintendências, organizadas na forma do reimento interno.*

O órgão, porém, que se situa no centro das competências da agência é o Conselho Diretor. Dele que emanam os planos mais gerais do setor (art. 22, inc. III, LGT), é ele o responsável pela formulação de propostas quanto a sua própria regulamentação ao poder central (art. 22, inc. I, LGT), bem como é ele que se relaciona com os prestadores dos serviços, operadores das redes, por via de licitações e contratos administrativos, tendo desempenhado o papel central na desestatização (art. 22, inc. V e VI, LGT).

A amplitude da competência normativa do Conselho Diretor fica explicitada no art. 22, inc. IV: “Compete ao Conselho Diretor: (...) IV – editar normas sobre matérias de competência da Agência”, os demais incisos servem para densificar o significado dessa norma de conteúdo aberto. Portanto, torna-se cristalino que esse é o órgão que alberga o poder normativo da agência⁷², ou seja, nela se instala o fórum deliberativo cuja composição determinará o destino do mercado de telecomunicações, bem como do capital nele aplicado.

1.3.4.2 Demais Órgãos Não Centrais

Face a centralidade do Conselho Diretor, os outros órgãos possuirão competências relativas a ele e de menor importância política. A sua ação estará subordinada a tomada de iniciativa desse órgão, cuja ação é a referência para os demais órgãos da estrutura. Dessa forma, ora terão de impulsioná-lo a agir, ora terão de efetuar o controle do mesmo. Nessa via, os demais terão competência (a) de contra-peso ou controle, como o Conselho Consultivo, Ouvidoria e Corregedoria, (b) de assessoramento, como a Procuradoria e Comitês, ou (c) de fiscalização das atividades particulares ou controle de execução de políticas, pelas Superintendências .

Nesse ponto, encontra-se sinteticamente assentada a estrutura orgânica da agência e, daqui em diante, passa-se a abordar de modo abstrato as competências que lhe foram atribuídas. O empreendimento há de ser levado à efeito com base na classificação de Benecdito Porto Neto, adiante exposta. Todavia,

⁷² PORTO NETO, Benecdito. *Regulação e o Direito das Telecomunicações: Agência Nacional das Telecomunicações*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 295.

considerando que o agir administrativo é pautado pelo princípio da estrita legalidade, ao se buscar classificar, é necessário manter constante diálogo com esse princípio a fim de mantê-la ajustada ao perímetro da legitimidade formal, da qual o princípio é fonte⁷³.

1.3.5. Anatel e Competências: Breves Linhas

Dividem-se em quatro classes as funções conferidas à ANATEL. Em suma, correspondem as seguintes funções: (a) regulamentação do setor de administração; (b) outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações, bem como outorga do direito de uso de radiofrequências e órbita espacial; (c) fiscalização das atividades de telecomunicações; e, (d) composição de conflitos na esfera administrativa, seja de interesses das operadoras de telecomunicações, seja entre as operadoras e os usuários dos serviços⁷⁴.

1.3.5.1 Função Normativa

Dentre as funções antes citadas, a primeira e a última inovam, em relação às funções administrativas típicas que são fundamentalmente três: (a) de prestação de serviço público, (b) de exercício do poder de polícia, e (c) de fomento da economia. Isso porque as atividades da Administração de concessão de outorgas e permissões decorre do exploração de serviço público, e a de fiscalizar decorre do exercício do poder de polícia. Resta, assim, as atividades de regulamentação, que advém de uma delegação legislativa específica, e a de composição administrativa de litígios, que é alternativa para solucionar conflitos de interesses sem que os interessados se dirijam à jurisdição.

A atuação de regulamentação refere-se concretamente ao setor de telecomunicações que recebe definição em lei. A organização do setor passa pelo ato de organizar a si mesmo, de expedir normas que venham estruturar a agência, bem como que organizem os procedimentos que preparam a atuação da agência. A organização interna compara-se a estruturação do Estado efetuada pela Constituição,

⁷³ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *Op. Cit.* 68-69.

⁷⁴ PORTO NETO, Benecdito. *Op. Cit.* P. 289.

pois nela que o trabalho se divide macroscópica e abstratamente. Na organização da agência, de outro lado, o trabalho se separa microscopicamente e com maior grau de detalhamento. A agência também possui liberdade de fixar seu modelo de procedimento administrativo, com a correspectiva particularidade que sua atuação merece.

A regulamentação interna é instrumental e formal. Não obstante, o poder de regulamentar não se esgote nisso. Vai além. Há também o sentido material da regulamentação da agência. O poder de interferir nos processos econômicos, sob o domínio público e privado, reside nesse âmbito de sua capacidade de regulamentar. A definição da quantidade de abertura para concorrência que pode receber cada parcela do processo de telecomunicação (emissão, transmissão, distribuição) faz-se no exercício dessa função. Os incs. IV, VIII, X, XII, XIII, XIV e XVI, art. 19 da LGT conformam a extensão do poder regulamentador da agência.

Outrossim, como já afirmado, a agência está encarregada de fazer o intercâmbio entre poder público e a iniciativa privada, para realizar delegação do serviço ou autorizar prestação. No que se refere à delegação, é um papel que envolve gestão do patrimônio público, pois é um direito-dever da união de prestar esses serviços, o qual transmite a terceiro, que lhe faz as vezes.

Também é quem zela pela aplicação do interesse público no setor reservado livre iniciativa, mediante o instrumento da autorização. A delegação, é de se destacar, não envolve unicamente a prestação de serviços de telecomunicação, mas de direito de uso de radiofrequência e de órbita espacial. Os enunciados legais que tratam da competência em matéria de outorga e autorização são os incs. V, VI, IX e XI do art. 19 da LGT.

1.3.5.2 Atividade de Fiscalização do Setor

Outra competência é a fiscalização das atividades materiais feitas no setor, seja o público ou o privado. Veja-se que pode ser a de verificação de aparelhos e instrumentos de transmissão e recebimento de sinais de telecomunicações, como, no lado dinâmico, da forma e qualidade como estão sendo prestados os serviços de telecomunicação.

Nesse tópico, encontra-se o papel de controle do serviço público, pois a regulação tem como pressuposto a falta de vontade ou capacidade de os agentes privados prestarem o que de melhor é possível, pois a máxima de sua lógica seria maximizar os lucros, e minimizar os custos. Dessa forma, o objetivo da atividade fiscalizatória é que as variáveis históricas do serviço se adequem às idealizadas pelo Estado, quanto à qualidade e acesso. Seja por vontade expressa no plano político, sendimentado na legislação. Quanto na manifesta pelo poder de regulamentação da agência. Na LGT, os incs. VI, IX, XI e XIX do art. 19 positivam essa atuação⁷⁵.

Por derradeiro, é de se mencionar a competência de compor conflitos de interesses na esfera administrativa. Ela é executada em duas frentes, de um lado entre os próprios operadores, que se situarem em qualquer dos pólos da prestação, seja na emissão, transmissão ou captação de sinais. É de se mencionar que a conflituosidade em caso de interconexão é potencializada pela oportunidade de se minar a qualidade de serviços do concorrente, em especial se considerada a posição vantajosa do possuidor da rede pública. A LGT, estabelece essa competência no inc. XVII do art. 19.

Os conflitos podem se dar entre as operadoras e os usuários de serviços. Aqui o conflito há de ser referente a prestação de serviços, não se trata de cobrança de tarifas por via administrativa, interesse meramente patrimonial da operadora. O conflito deve versar, por exemplo, sobre a qualidade dos serviços ou o uso irregular dos terminais de telecomunicação. Pode-se considerar em uma composição de interesses polarizados pela operadora e um conjunto de usuários, atuais ou potenciais, como uma comunidade que demanda a implantação de serviços de telecomunicações em certa localidade. Tal competência fica estampada no inc. XVIII, art. 19 da LGT.

1.4 Telecomunicações em Regime Público e Privado

1.4.1. Da Exigência Material pelos Serviços de Telecomunicações

⁷⁵ PORTO NETO, Benecdito. *Op. Cit.* . p. 289.

Antes de fazer a distinção entre ambos regimes, há de se firmar a compreensão a respeito das razões de alguns sujeitos de mercado estarem obrigados a compromissos de interesse público que dificultam a competição. As obrigações adicionais decorrem da circunstância de concorrentemente ao direito à liberdade econômica, direito fundamental de primeira geração, o serviço envolver a incidência de direitos fundamentais de quarta geração (informação, democracia, pluralismo), melhor detalhados na obra de direito constitucional de Bonavides.

Em suma, esses teriam por objetivo a globalização política. A universalização das telecomunicações teria a propriedade de implementar o direito à informação⁷⁶, pois imprescindível para o acesso e transmissão eficiente da informação. No entanto, não é possível compreender porque foi incorporado ao discurso dos direitos fundamentais, sem ter percebido a sua relevância dentro da realidade social contemporânea.

Pode-se notar que quase todo espaço está ocupado, ou pode se tornar, em virtude de sua acessibilidade quase irrestrita oportunizadas pelos meios de transportes. A sofisticação deles junto com sua diversificação faz atingível um número imensamente maior de pontos geográficos do que há alguns anos. Nesse contexto, o trânsito geográfico torna-se habitual e mesmo necessário. Basta verificar que a expansão do homem é pretendida, sem, todavia, que o homem perca sua dimensão humana, alienando-se de sua vida horizontal de relacionamento com outras pessoas, seja por qual for a finalidade.

1.4.1.1 A Relevância Econômica: Nova Configuração Empresarial

Primeiro, é de se considerar que mesmo as obrigações mais simples, hoje, preparam-se (ou podem ser preparadas) por telecomunicação. Como a constatação da demanda de um produto ou serviço, de uma ponta, e a oportunidade de se ofertar os produtos ou serviços ao consumidor, por outra.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17.^a Edição Atualizada, São Paulo: Malheiros, p. 571. Vale transcrever parte referente a quarta geração de direitos fundamentais: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende da concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Em razão da remodelagem do sistema produtivo, o duto de comunicação econômica entre pólos geográficos não mais acontece na linha estreita do campo para a cidade e da cidade para o campo, pela produção e intercâmbio de alimentos e manufaturados. O desenvolvimento da indústria, comércio e serviços em espécies e sub-espécie várias, demanda o entrelaçamento de diferentes cidades (núcleos urbanos) cuja mão-de-obra especializou-se em fazer bens de características próprias.

Nesse contexto, aquele que não dispõe de meios adequados de telecomunicação corre o risco de sofrer perdas econômicas, pelas menores oportunidades na produção e consumo de bens. É de conhecimento geral que a preparação dos contratos (mercantis e de consumo) ocorrem de forma progressivamente maior pela via dos meios de telecomunicação, pelo quê, o atraso nas comunicações importa em menor potencial de competição, que reflete o menor grau de ofensividade⁷⁷.

Veja-se, por exemplo concreto em que a especialidade da mão-de-obra torna indispensável certas pessoas na realização das atividades produtivas. Suponha-se um engenheiro que domine a técnica de exploração de petróleo. Se lhe atribuiu responsabilidade de construção de uma plataforma petrolífera, torna-se, desde logo, imprescindível para concretização do projeto. Isso se dá em razão das informações concretas de que dispõe, jungidas do conhecimento científico aplicado na construção, que dá um progresso sem retardos à obra. Nesse caso, qualquer alteração não acontece sem que se arque com custos econômicos, sociais e, quiçá, políticos desmedidos em relação aos eventuais benefícios. Tal situação o torna, na prática, insubstituível, pois a atividade produtiva dá-se na medida em que ele tenha condições de agir⁷⁸.

Tal situação revela-se comum em diversos setores econômicos, e as telecomunicações são estratégicas, de uma forma geral, para que se realizem atividades produtivas, em um mercado que procura otimizar o ganho do capital e

⁷⁷ CASTELLS, Manuell. *Op. Cit.* p. 230.

⁷⁸ CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.* p. 170.

trabalho aplicado na produção. É patente o objetivo de se formar organizações empresariais descentralizadas, com uma linha produtiva que se distribui no mapa geográfico, torna a produção, no entanto, inegavelmente dependente de um aparato de telecomunicações eficiente. Assim, poder-se-ia dizer que a telecomunicação oportuniza que se aproveite a mão-de-obra menos qualificada dos que residem em sertões e lugares distanciados dos grandes centro metropolitanos, descartando os danos da imigração, mas satisfazendo-se do benefício de trabalho semi-humano (reificante), o qual infelizmente não deixa de ser lucrativo.

1.4.1.2 Da Relevância para Integridade Social do Indivíduo

No ponto de vista da valorização do indivíduo no âmbito social, é de se considerar, que a mudança de território torna-se menos danosa quando possui meio de comunicação ao seu dispor. Consta-se, assim, que a telecomunicação manifesta-se como fenômeno essencial no mundo em que a vivência das pessoas é plurilocal em uma economia globalizada. Nesse cenário, a multiplicação e permanência dos vínculos sociais são indispensáveis para manter uma sociedade organicamente organizada que cumpra com os objetivos de contínua especialização de atividades, posto a tensão ocasionada pela e em favor da crescente divisão social do trabalho⁷⁹.

Elas também dão melhor condições para locomoção dos indivíduos a ambientes onde possam ser melhor aproveitados, seja por menos competitividade ou outra razão. Dessa forma, alguém pode mudar de domicílio para começar uma carreira de forma efetiva sem ter de perder os eventuais vínculos que tenha com sua família. Ou uma pessoa que tenha sofrido um abalo de sua credibilidade em determinada localidade pode se transferir para outro lugar a fim de retomar suas atividades sem contar com um histórico estigmatizante que venha inviabilizar seu desenvolvimento social, sem que com isso, perca vínculos sociais que sejam importantes para si, no lugar do qual está saindo.

De outro lado, ao considerar a dimensão mais ampla possível de utilidades, há de se notar os benefícios das telecomunicações no desenvolvimento de

⁷⁹ CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 172.

atividades de lazer. Viabiliza o cumprimento da finalidade, que é recompor o indivíduo para posterior reinserção no ciclo produtivo com maior qualidade. O homem da civilização contemporânea senta no sofá da indústria cultural, entretanto, não se contenta em viver tão-só no seu ambiente urbano ordinário, desfrutando do lazer da grande cidade. Está em constante busca da quebra de rotina, a fim de atingir maior riqueza em seu momento de lazer, o qual integra o conjunto de direitos fundamentais sociais (art. 6.º da C.F).

É resultado da progressiva descoberta e aceitação do homem contemporâneo de sua necessidade de deslocamento e conhecimento de realidades culturais e sociais diversas (como demonstra a indústria do turismo). O homem médio que experiencia os resultados positivos e negativos da terceira revolução industrial tem objetivo de compreender melhor a pluralidade de outras realidades culturais ou naturais. No momento que faz isso, sua pretensão não é de se isolar e fugir, mas de manter os vínculos sociais anteriores, acrescentar outros, e provocar maior vitalidade social, o que somente pode se concretizar no momento em que se haja se instado redes de telecomunicações entre os pontos em que o contato precisa se estabelecer, que estejam aptas a dar prosseguimento e estabilizar os vínculos.

Assim sendo, uma pessoa que se transporta de um lugar a outro, em alguma das circunstâncias antes apontadas, deve ter condições de preservar vínculos sociais precedentes, de maneira a fazer dela ponte de interligação entre pessoas e que colabore na formação de sociedade solidária. O direito só pode acompanhar essa demanda latente na sociedade a partir do momento que impõe a universalização do serviço de telecomunicações, para propiciar condições de sociabilidade às pessoas.

Com esse breve esboço a respeito da utilidade concreta das telecomunicações, bem como da sua indispensabilidade para desenvolvimento da sociedade globalizada, pode-se perceber ser necessário que o Estado seja garantidor da universalização do acesso a esse serviço.

1.4.2. Distinção do Serviço e das Modalidades de Telecomunicações

Não se pode confundir o serviço de telecomunicação com modalidades de telecomunicações, para efeito de universalização. De se ver que falta essencialidade a algumas modalidades no processo de interdependência social, fugindo da definição do serviço público em sentido substancial. Isso se observa em relação ao serviço de comunicação multimídia ou de telefonia celular, cujo acesso não é necessário (*strictu sensu*) a toda população. Pode-se obter um semelhante grau de desenvolvimento médio na sociedade sem aqueles meios, que são prescindíveis para oportunizar vida digna social e econômica para população.

É de ser notado, por isso, que a essencialidade se liga à própria situação de disposição de meios de telecomunicações. A escolha da modalidade trata-se de opção política⁸⁰, que se faz pelo sopesamento das vantagens e desvantagens envolvidas na inclusão de uma modalidade ou outra no esquadro do regime público de serviço. Impõe-se avaliar o custo de instalação da rede frente à extensão geográfica na qual se faz necessário sua disponibilização, os custos da manutenção e conservação da rede, a facilidade de se capacitar os técnicos operadores da rede, a possibilidade de os agentes operarem em concorrência, a facilidade de uso pelos usuários dos serviços, entre outros quesitos que tenham interesse na avaliação do custo-benefício na opção por espécie de serviço.

Por essa razão, as telecomunicações não são tratadas de forma unitária no ordenamento jurídico brasileiro, o que revela que o terreno é de relativa ambivalência. Constatando-se tratamentos diferentes, por exemplo, para serviços prestados na mesma rede ou em idêntica modalidade. É desde a Emenda Constitucional n.º 08/95, em que houve reconhecimento formal de uma dualidade de regimes, que se observa um começo de bi-furcação na regulamentação. Nela surge, reconhecidamente, o instrumento da autorização para habilitar a prestação do serviço de telecomunicação. A autorização (ao contrário da permissão ou concessão) é ação do Estado como interveniente (e não atuante) no âmbito econômico em sentido estrito.

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Regulação das Telecomunicações: Papel Atual e Tendências Futuras*. p.8.

O exame das relações materiais, no entanto, mostram que antes da emenda e da lei geral das telecomunicações, o desenvolvimento tecnológico já havia tornado o fenômeno das telecomunicações multifacetado. Pode-se dizer que, entre a experiência social do avanço tecnológico e a edição desses diplomas legais sempre existiu interregno de clara lacuna. O direito legislado, assim, permaneceu atrasado face ao cambiamento do plano social. Isso mostra que o surgimento de novas tecnologias significativamente diferentes em relação à telefonia (inclusive com aparecimento de redes novas), formou um vazio de regulamentação. Nesse contexto, a regulamentação reduziu a telecomunicação legislativa, na prática, o fenômeno da telecomunicação à telefonia.

1.4.3. Separação entre Regime Público e Privado: Volatilidade

O legislador, pretendendo não repetir o mesmo desencontro entre o direito formal e a realidade das relações sociais, formou na Lei Geral das Telecomunicações um mecanismo para construção da linha divisória entre o que estaria alocado na órbita do regime privado, de um lado, e público, de outro. Far-se-ia, não pelo processo legislativo que conta com maior demora, e por isso com mais custos, mas pela regulamentação do Executivo. A ele foi transmitido o poder de regulamentar como os regimes se arranjarão face à multiplicidade dos serviços das redes de telecomunicações, conforme redação do art. 18, inc. I da LGT⁸¹, com a devida celeridade que o tema requer.

A possibilidade de o debate de alteração da regra se restringir ao próprio Executivo, com conseqüente menor acesso de interessados à participação no debate de constituição das regras, importa em uma configuração flexível⁸² do que seja o regime público, com seus encargos especiais (que reporta a maiores custos). Isso pode ser criticado por criar situação de insegurança jurídica. A situação, todavia, é decorrente do alto grau de mudança das relações materiais que se pretende regular.

⁸¹ BRASIL. Lei nº 9.472/1996. Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: I – instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com a prestação no regime privado;

⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. Cit.* p. 8.

Isso se torna significativo ao se observar que pela evolução tecnológica, lançam-se diferentes modalidades de serviços, o que certamente requer soluções mais ágeis que não deixem de impor obrigações ou criar regras que favoreçam o surgimento de benefícios indevidos pelos agentes privados.

A solução é apta a dar respostas coerentes com a dinâmica de mercado, visto que retira do demorado debate legislativo, sem, contudo, deixar de buscar legitimidade democrática para os atos. Por outras vias, evidente, como pelo alcance das finalidades postas pelo legislador e pela eficiência⁸³. Assim torna-se possível dar um tratamento misto ao setor, ou seja, reserva ao Estado um controle efetivo sobre parcela significativa do mercado, que serve para assegurar a realização das finalidades públicas.

Dessa forma, a lei geral das telecomunicações sedimentou a divisão em duplo regime, a partir da definição de quais modalidades estariam inclusas no regime público. Estes estariam sob controle contínuo do poder público. O regime privado, construir-se-ia residualmente em relação ao público, os atores dele integrantes teriam liberdade de iniciativa de agir no mercado, com poder para estipular, por exemplo, de modo livre os preços.

1.4.4. Dualidade de Regimes, Regulação Assimétrica e Concorrência

A diferença de tratamento entre os agentes de um mesmo setor recebe nome na doutrina de regulação assimétrica⁸⁴, porque tratam-se de agentes de mercados que ocupam papéis diferentes nas políticas estatais, recebendo igualmente carga de deveres distinta. Um irá entrar no campo econômico para criar concorrência e maximizar os benefícios do consumidor, outro é submetido a deveres rígidos ligados a princípios estritamente de Estado que compensam a situação de maior vantajosidade econômica que recebeu do poder público, como, por exemplo, a gestão de uma rede antes implantada pelo Estado.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* . p. 379.

⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* p. 434.

Torna-se necessário frisar, assim, que a mesma modalidade de telecomunicação pode restar explorada simultaneamente em dois regimes. Situação complexa se considerar que o Estado deve favorecer a existência de situações isonômicas entre os agentes para efetiva competição, com base no princípio da legalidade. Isso é o contrário da situação ordinária em que prevalecem as normas gerais, de igual tratamento a todos os destinatários. Isso na prática, significa que os agentes competirão entre si, em um mesmo setor, em condições jurídicas e econômicas de desigualdade. O desequilíbrio há de estar sempre moderado para que não resulte em uma situação de ônus excessivo para algum dos agentes concorrentes, que é desfavorável ao interesse público.

1.4.5. Regime Público e Serviço de Telefonia Fixa Comutado

O Serviço de Telefonia Fixa Comutada (STFC) opera no regime misto, há o concessionário ao lado do qual estão os autorizados. A distinção deu-se no Plano Geral de Outorgas, Decreto n.º 2.534/98, Anexo, art. 1º⁸⁵. O imperativo de política econômica que favorece a concorrência, impossibilitou que a modalidade recebesse o tratamento uniforme como serviço público, com exploração em monopólio. O objetivo foi abrir o setor nessa modalidade, também, a fim de viabilizar entrada de capital novo, com objetivo de ampliar as oportunidades de montar a infra-estrutura do setor, e de diversidade nos serviços postos à disposição dos usuários. Em consonância à perspectiva inovatória que rege um mercado de ampla concorrência.

No plano jurídico, a criação das duas categorias dá-se por atuação regulamentadora do Legislativo e Executivo. Tal situação gera o fenômeno que Helena de Araújo Lopes Xavier chamou de dupla subsunção⁸⁶. Dupla pois insuficiente referência a uma delas. A lei fornece classes de serviços e o Executivo formas as categorias de modalidades dos serviços de telecomunicações, sendo complementar à primeira. O serviço, ao ser observado, precisa ser encaixado em alguma das

⁸⁵ BRASIL. Decreto nº 2.534/98, Plano Geral de Outorgas, Anexo, Art. 1º O serviço telefonico fixo comutado destinado ao uso do público em geral será prestado nos regimes público e privado, nos termos dos arts. 18, inciso I, 64 e 65, inciso III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e do disposto neste Plano Geral de Outorgas.

⁸⁶ XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *Op. Cit.* p. 35.

categorias presentes na LGT, quais sejam, de regime público ou privado. O enquadramento pleno, no entanto, dá-se ao identificá-las em alguma das categorias formadas no âmbito da regulamentação da Anatel.

A bipartição de regimes, que se operacionaliza na dupla subsunção dos serviços, coloca-se como eixo regulatório do setor. Em torno dele definir-se-ão duas estruturas paralelas com seus próprios subprincípios, uma fundada na livre iniciativa econômica dos particulares, outra que se erige em função do cumprimento de um *munus* do Estado, com execução delegada ao particular. Nota-se, no entanto, que se encontram no mercado, em ambiente de concorrência e, por isso, as vantagens oferecidas a cada agente devem ser proporcionais. Os encargos atribuídos devem ser comedidos, compensados por direitos ou restrição à atividades dos concorrentes.

Ainda é de se ressaltar que a diferenciação entre os serviços de interesse coletivo e de interesse restrito somente é importante no que se refere ao serviço prestado em regime de direito privado⁸⁷. Isso porque o prestador do serviço de interesse público *ab initio* tem um serviço prestado em acesso irrestrito, sem discriminar as pessoas que terão acessos aos seus serviços. Em ampla consonância com a situação existente no serviço de interesse coletivo. Este veda a discriminação de qualquer usuário. De outro lado, o que explora rede de telecomunicação exclusivamente cujo interesse é restrito, pode discriminar usuários a que queira servir, separando a clientela com características fundadas na riqueza simplesmente, por exemplo.

2. Regime Público de Telecomunicações e o Dever de Universalização

Como antes referido, o regime público de telecomunicação distingue-se dos demais pelos deveres específicos aos quais as operadoras dos serviços (na emissão, transmissão ou recepção sinais de telecomunicação) estão submetidos. Os deveres legais aos concessionários limitam-se à continuidade e universalização, par.

⁸⁷ Em sentido diferente: XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *Op. Cit.* p. 36.

único do art. 63 da Lei Geral de Telecomunicações. Todavia, os deveres legais não são os únicos, convivem com os estabelecidos nos atos bilaterais de concessão ou permissão.

1. As demandas abordadas em contratos de concessão ou permissão, no entanto, têm trato específico. Neles são privilegiadas necessidades regionais e locais, com referência a segmentos bem delimitados da rede envolvida, em favor da qual se pode estabelecer obrigações de renovação infra-estrutural, para o fim de a atualizar com tecnologias mais recentes ou manter o nível de qualidade já implementada. Isso se faz possível em razão de o instrumento ser tópico e com prazo de vigência determinado, podendo conter elevado grau de concreção. Podem-se, por exemplo, indicar neles quais os pólos industriais e de serviços da região que deverão ter melhoria no serviço.

Os setores de telecomunicações, conforme estabelecidos no Plano Geral de Outorgas, receberam circunscrição menor face às regiões⁸⁸, com fim de que no objeto da concessão fossem postos deveres com maior detalhamento, que dessem vazão a uma fiscalização eficiente. Tais encargos, porém, não serão abordados no presente escrito, porque os problemas regionais e locais são de difícil cognição e demandam informação muito variável e de difícil constatação (do ponto de vista da pesquisa individual), como números de domicílios com acesso de meios de telecomunicação, e qual seria a espécie aplicável em se constatando demandas por expansão no serviço. A questão da inclusão social ou econômica permanece, no entanto, como motor do trabalho.

Assim, reconhece-se que tanto os encargos dos atos bilaterais de permissão ou concessão, quanto os atribuídos em lei, correspondem a interesse público. Contudo, é norma de aplicação geral veiculada pela lei que interessa no presente trabalho.

2. Nas normas gerais, situadas na LGT, observa-se que, a princípio, o legislador pretendeu que esses serviços fossem contínuos, ou sem interrupções. As modalidades sujeitas ao regime público deveriam ter prestação sem intermitência e de

⁸⁸ BRASIL. Decreto nº 2.534/98. Art 6º (...) Parágrafo único. Serão celebrados contratos de concessão distintos para cada item [ou, setores] e modalidade de serviço, conforme Anexo 3.

modo não ocasional. Contrário fosse, evidente a lesão a interesses difusos, desconforme ao regime público. Frustrar-se-ia a interação rápida e eficiente entre os membros da sociedade. Porque a velocidade de informação já não é demanda específica dos grandes centros urbanos, pois presente em qualquer espaço da sociedade.

O princípio da continuidade aparece, na Lei Geral das Telecomunicações, como reiteração de um princípio geral do serviço público. Fato que é mera decorrência da localização do subsistema, que é o âmbito mais extenso do direito administrativo. Os subsistemas, por sua vez, desenvolvem princípios e regras que são diferenciadas face ao sistema mais amplo do direito administrativo. A falta dessas normas próprias ocasionaria a própria inutilidade da especialização do ramo do direito administrativo em subsistemas, adaptação derivada da divisão social do trabalho.

Por contar com necessidades próprias, é contrária a sua lógica a simples reiteração dos princípios gerais nesse setor. E nesse subsistema em comento dentre os princípios internos encontra-se o da universalização. Este pela via de regulamentos, faz concretos deveres de universalização inerentes aos agentes da cadeia produtiva do serviço de telecomunicação.

A lógica do princípio de universalização é semelhante ao do princípio de continuidade. Se o acesso à rede das telecomunicações não pode ser limitado no tempo, ele também não pode ser reservado à parcela mínima de cidadãos. De outro lado, as organizações sociais relevantes precisam estar disponíveis em todo momento aos cidadãos. E o Estado também deve promover a realização dessa interligação social. Universalização que se concretiza progressivamente. E assim, porque a produção aos níveis de alcance idealizados para o serviço não é imediata, demandando com que a satisfação das necessidades menos complexas precedam às mais complexas.

Isso porque, o simples aumento de oferta dos serviços não resulta em maior distribuição a pessoas excluídas do mercado. É certo que as pessoas a quem o acréscimo da produção é destinado, pela lógica edonística do mercado, são as pessoas com condições econômicas de retribuir o maior valor pelo produto.

3. Por tal razão, fixou-se o princípio da universalização na LGT, com grupos beneficiados determináveis em concreto por critérios que os classificam de acordo com as necessidades, em vista ao interesse público. Determinando-se, assim, dentre os que apresentam deficiência no uso do serviço, aqueles que deverão ser atendidos e a ordem em que isso deve se dar.

2.1 Distributividade: Desafio na Instituição do Mercado das Telecomunicações.

2.1.1. Distribuição de Recursos como Situação de Fato

A distribuição de recursos entre os agentes sociais não se apresenta, a princípio, como problema jurídico, mas como situação fática, pois os bens já se encontram divididos entre os sujeitos de direito. A divisão é acompanhada pela formação de um fluxo de sentido estável entre agentes produtores e consumidores de bens e serviços, com significado de confirmar e reafirmar posições e classes sociais. O fluxo antes referido fica sustentado por instituições coercitivas no mercado⁸⁹ que apresentam finalidades sociais e econômicas definidas e acreditadas pelos agentes diretamente envolvidos nelas e com elas.

São as instituições que orientam ou coordenam a distribuição de bens e serviços e que, por isso, também concedem estabilidade aos dutos de repartição deles entre as pessoas, mediante coerções⁹⁰. Dessa feita, representam blocos de tensão para eventual mudança no traçado e orientação do referido fluxo de bens e serviços aos destinatários. Isso ocorre porque uma tal modificação certamente traz implicações no sentido de alterar posições sociais, o que, no sentido prático, significa conflitos sociais.

⁸⁹ BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis; HOULT, Thomas Ford. *Introdução à Ciência Social*. p. 361. Veja-se: “Mercado é uma instituição que coordena a ocupação, propriedade e contrato, de tal maneira que a troca pode ser facilmente realizada. Permite que os supridores de um bem ou serviço encontrem aqueles que querem comprá-los.”

⁹⁰ NORTH, Douglass C.. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. p.3. Veja-se: “Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change.”

Dessa maneira, o formato dessas instituições é rígido, o que se traduz na exigência de que se arque com alto custo para modificação e superação de suas estruturas. Isso significa que requerem dispêndio de grande quantidade de recursos materiais e humanos na formação de diagnósticos, planos, estratégias (econômicos e políticos) e leis, que torne possível do ponto de vista ético, político e econômico ações de transformação social .

2.1.2. Instituições Sociais na Ordenação da Distribuição dos Bens

No caso das telecomunicações, as empresas exploradoras dos serviços de telecomunicação em regime público ou privado, não são as instituições sociais responsáveis pela orientação do fluxo econômico dos serviços, enquanto consideradas apenas a partir do exercício de suas operações comerciais, que é primordialmente a venda de serviços aos consumidores, sejam eles entes coletivos ou individuais. A participação no trânsito desses serviços a partir da celebração e execução de contratos, com a efetiva entrega de serviços e bens ao consumo de pessoas, põe-se o passo executivo do ciclo produtivo, por isso é o melhor visualizado para o observador comum.

Percebe-se, assim, que a etapa a cargo das empresas, que foi anteriormente referida, não é a politicamente mais relevante. O que mais interessa no plano das decisões políticas são as escolhas que são tomadas pelas empresas relacionadas ao como e qual a forma de ser da estrutura empresarial e qual o tipo de público ao qual se pretende voltar a oferta dos produtos, sob influência das instituições referidas a esse mercado específico. Tais decisões se dão em um momento de formação de estratégias para oferta de produtos, bem como de desenvolvimento de novas tecnologias tanto para administração da maneira de se ofertar os produtos, como dos modelos de serviços que se levarão a dispôr em mercado.

Assim, não é a mera situação de disposição dos bens de telecomunicações no mercado, como provedor ao consumidor desses bens, que fazem das empresas igualmente instituições sociais em sentido estreito. É que o efetivo provimento aos consumidores dos bens econômicos está situado já na fase de implementação e execução de estratégias de atuação no mercado previamente

definidas. Portanto, é momento posterior a fase desempenhada exclusivamente pelos órgãos diretores das empresas, que consideram as pressões institucionais, tendo consciência da função social dos serviços de telecomunicações na sociedade.

É de se observar que em razão do ambiente concorrencial do mercado de telecomunicações não será um agente particular a centralizar as coerções das instituições sociais que ordenam este mercado. Diverso acontecia quando do período de monopólio estatal. No atual período, não obstante, os agentes produtores ou prestadores dos serviços, a despeito de não possuírem uma visão totalmente homogênea, tendem a construir fronteiras em coordenação de vontades e interesse, a fim de que venham criar garantias para se firmar o preço de oferta ao público. Isso porque pretendem dar estabilidade ao número e forma de suas transações comerciais, por necessidade de previsibilidade nos custos de produção ou prestação, bem como por criação de demanda uniforme para receber os produtos. Evitando-se o efeito da superprodução ou investimentos que resultem em formação de capital produtor, que não venha ter retorno adequado.

O objetivo nuclear dessas instituições, assim, é de reiterar as condições de vantagem econômica (representada pelo lucro) que se efetivam pela venda de seus bens e serviços, tanto por contratos já celebrados quanto por futuros. Esse interesse na estabilidade comercial pela formação de garantias de mercado é situação mais complexa ao tratar de mercado concorrencial, pois a disputa por consumidores tende a causar mudanças rápidas das situações entre os competidores se comparados simultaneamente um ao outro.

As condições iniciais de vantagem entre as organizações são determinadas pelas instituições, que são externas a elas, mas que refletem a dinâmica no conjunto social engajado na produção desses bens. As condições definem qual o ponto do lucro que os vendedores de serviços do mercado das telecomunicações podem obter, já que os resultados sociais da produção pelo trabalho social devem ser distribuído pelo máximo número possível de agentes envolvidos na produção de bens e serviços. Isso ocorre de modo despersonalizado, pois as instituições embora referindo-se a indivíduos e organizações concretas, elas mesmas não são pessoais.

Sua influência, no entanto, é decisiva aos agentes a que se destinam, o que comprova a sua natureza política.

As instituições sociais referidas aos mercados das telecomunicações são, portanto, estruturas normativas correlatas às empresas afetadas por suas imposições. Por isso, as entidades produtivas envolvidas no comércio dos serviços de telecomunicação entram como destinatários, por um lado, e, por outro, formadores dessas instituições sociais, podendo ter maior ou menor influência conforme sua capacidade de organização, de informação e comunicação, bem como o nível de representatividade de mercado. São as instituições, contudo, que vem a interessar para o Estado, na interação na sociedade ou para controle de si mesma. Nelas que se reconhecerão os interesses específicos do conjunto dos prestadores, em relação às políticas públicas que a elas se destinarem.

2.1.3. Representação das Instituições por Organizações Específicas

No entanto, é possível que em alguns momentos específicos as instituições informais relacionadas aos prestadores dos serviços de telecomunicação se tornem determinadas por um único agente econômico produtor. Basta para que isso aconteça a concentração em um único agente a função de implementador da distribuição dos serviços, ao qual é reservado com exclusividade o poder de escolha das formas de prestação e dos beneficiários dos serviços. É a situação do monopólio.

No setor das telecomunicações, no entanto, isso não é mais uma realidade porque rompida com a Emenda Constitucional nº 8 de 1995, e a seguinte Lei Geral das Telecomunicações, nº 9.472 de 1997, que instituiu o processo de desestatização e abertura do setor. Após a desestatização, é de se reconhecer que a formação dessas instituições está entregue a um número bem limitado de agentes, por conta da falta de possibilidade de ingresso de novos entrantes ocasionadas pela submissão dos novos concorrentes às coerções de instituições formais e informais já existentes.

Assim, as ações mais relevantes para a manutenção ou continuidade delas vem restar circunscrita a alguns agentes econômicos que têm maior participação

do mercado, em detrimento da concorrência que deveria informar todos os aspectos desse setor econômico. Isso é decorrência da maior quantidade de informações que são agregadas por essas empresas, em relação à realidade do mercado e dos interesses da categoria, o que lhes dá melhores condições de defesa de interesses na formação e atuação das instituições concorrentes, formais ou informais, correlatas ao setor.

2.1.4. Elementos de Identificação das Instituições

Assim sendo, distinguem-se as instituições, formais (do Estado) e informais (do costume das organizações e consumidores), das organizações empresariais, que são os agentes econômicos presentes no mercado. Fazendo-se a valoração entre ambas, entretanto, aquela que mais interessa para a alteração da estrutura do mercado são as instituições. Elas são identificadas pelo elementos agregador adiante referido.

As instituições referem-se a um mercado cujos agentes possuem objeto social é determinado. Ele é de tipo prestacional: serviços de telecomunicação. Nesse ponto, ressalte-se que a diferença de instrumentos usados nas telecomunicações não traz quebra de unidade do tipo prestacional. Com a separação dos regimes de prestação em público e privado, o Estado apenas dirige a apropriação dos meios de produção. Os regimes unicamente restringem quais instrumentos reservam-se as organizações integrantes de cada regime. Há concorrência entre os agentes prestadores nos dois regimes, que nunca deixa de existir. Pois não há diferença qualitativa substancial entre os serviços, em razão da multiplicidade de meios.

E porque concorrentes no campo microeconômico em razão da disputa pelo mesmo contingente de consumidores para seus serviços, não se pode também falar que haja antagonismo de interesses também no campo político, espaço em que se manifestam os interesses macroeconômicos desses agentes. Pois em espaço de disputa por mercado consumidor com outros setores econômicos, nota-se que os interesses, então, convergem. E também são desconsideradas as diferenças decorrentes da competição intra-setorial pelo fato de participarem de mesma atividade

no âmbito da divisão social do trabalho. Segue-se, assim, que estão na defesa de um progressivo aumento da participação dos agentes prestadores daquele serviço na riqueza total do país. E isso exige defesa coesa de interesses diante das outras organizações sociais e políticas, responsáveis pela definição das instituições sociais.

2.1.5. Instituições e Política de Redistribuição: Tensão e Enfrentamento

O cenário resultante da desestitização e implementação de concorrência faz surgir realidade em que o interesse público e as organizações do mercado de telecomunicações mantenham certo atrito e instabilidade. Face a isso, o poder público tem o dever inicial de identificar as instituições que se contrapõem ao interesse público, e em que medida podem ser modificadas sem prejudicar a estabilidade do setor. Para isso o setor deve ser necessariamente considerado na sua integralidade, a princípio. Em passo seguinte, é possível ter em conta somente a parte que se subordina ao regime público, conjunto dos serviços diretamente afetados pelo dever de universalização.

Desse diagnóstico resulta a eficácia da política pública legislativa de universalização. O fato de no âmbito político se haver recortado um âmbito do setor para subordinar ao regime público, não autoriza com que se desconsidere o todo do mercado. Os interesses dos agentes de ambos os regimes estão ligados no essencial, por isso são representados simultaneamente na esfera política, tal situação ainda se explica pelo fato de que os grupos empresariais têm ação simultânea nos regimes público e privado, conforme as regras da LGT e PGO admitem.

Assim, a identificação dos interesses contrapostos, comunicados e presentes nas instituições, é passo necessário para vencer a resistência inicial que se faz à flexibilização da garantia de lucro instituída presente nas instituições formais e informais relativas a esse mercado. A necessidade é oriunda da responsabilidade do Estado em manter o equilíbrio-econômico financeiro dos agentes privados atuantes no setor, bem como de fazer políticas adequadas às possibilidades reais de prestação com que os prestadores contam ou podem contar, em se considerando a tecnologia disponível aos agentes.

Feito isso, é possível se veicular a regra eficaz de universalização, que por ser uma regra prospectiva, não dispensa o exame da realidade atual. Isso é requisito necessário para políticas públicas que estejam envoltas pela normatividade. De outro lado, o cunho político da regra, demanda que não se estabeleçam deveres inadequados a resolverem os problemas da realidade, que não poderão ser cumpridos por insuficiência material de tecnologia ou dinheiro. Isso porque haveria patente violação ao princípio da publicidade e moralidade. Pois na medida em que as políticas de universalização são informações devem ser verdadeiras.

Dessa maneira, entende-se que com a política de universalização se busca redefinir a distribuição do serviços de telecomunicação, bem como as instituições que ordenam o acesso ao serviço. Um acesso que deverá ser determinado pelo dever de disposição do serviço ao máximo número de pessoas. Isso que é medida política concreta para implementar do objetivo fundamental do Estado de Direito, qual seja, redução das desigualdade regionais e social-econômica entre as pessoas.

De se ressaltar, entretanto, que as políticas de sentido prospectivo caminham ao lado da universalização entendida como regra jurídica, de conteúdo normativo imediato. Isto porque o objeto da norma está especificado: telecomunicações. A modalidade a qual se limita está delimitada: os integrantes do regime público, conforme está estabelecido no Plano Geral de Outorgas. Os agentes que devem cumprir o dever estão determinados: as operadoras em regime público. Significando assim que é direito reivindicável pela coletividade dos cidadãos nele interessados. Afirmando a garantia do mínimo existencial também no que se refere aos bens e serviços de telecomunicações.

2.2 Políticas de Universalização em Metas Periódicas

2.2.1. Caráter Normativo Imediato da Universalização

A norma de universalização contida no par. único do art. 63 da LGT tem eficácia imediata. Ela não se destina unicamente a instituir a forma como o programa político de telecomunicações deve ser estabelecido pelo Poder Público. Ela direciona deveres imediatos a qualquer dos agentes envolvidos na instituição

econômica dos serviços de telecomunicações. Cada agente atuante no setor, ao promover ato de sua iniciativa, especialmente aqueles no nível de planejamento e de estruturação de redes, deve necessariamente observar o dever de universalização do serviço. Esse aspecto pode ser designado por função conformadora do dever de universalização.

Dessa forma, as concessionárias de telecomunicações têm o dever de se conformar imediatamente à imposição de universalização, podendo haver controle judicial. E de outro lado, também a regra se destina à agência integrante da Administração Pública, que opera na função de normatização do setor de telecomunicação subordinado ao regime público, que se veiculam também aos envolvidos na atuação material do setor.

2.2.2. Necessidade de Metas para Universalização

Por outro lado, a universalização se apresenta na forma de obrigações de fazer especificamente dirigidas ao Poder Público central. Trata-se do dever de o Executivo instituir políticas públicas periódicas para promover a universalização do setor. É o que se depreende do texto do art. 80 da LGT, como se transcreve a seguir: *“as obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo”*.

Quanto às políticas elas têm como elemento essencial e central a meta⁹¹. Ela, a princípio, configura-se como situação idealizada e abstrata, mas não se esgota nesse ponto. A partir de sua idealização firma-se consenso em torno dela nas instâncias de representação do Congresso e do Executivo. Esse consenso é estabilizado na forma de lei ou regulamento, com o que torna-se possível a

⁹¹ PORTO NETO, Benedito. *Direito das Telecomunicações e Anatel*. in: *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 305. Confira: “O PGMU, como eu disse, dispõe sobre as exigências da União a respeito o serviço de telecomunicações, colocando metas para o aperfeiçoamento dos serviços essenciais. Estas metas podem ser divididas em três tipos: 1) metas de densidade, ou seja, densificar a oferta de serviço de telefonia; 2) metas de penetração, isto é, ampliar o número de pessoas que possam fruir do serviço de telecomunicações; 3) metas sociais, que são metas de qualidade social, como, por exemplo, forçar a instalação de terminais telefônicos em escolas, hospitais ou telefones públicos para aqueles que não têm meios para custear uma assinatura.”

implementação concreta. Para isso, deve-se dosar a abstração com referência concreta, no espaço e tempo.

Assim, a periodicidade das políticas no âmbito da universalização, apontada no art. 80, está como elemento essencial de caracterização da política nesse âmbito. Com a delimitação temporal, portanto, as metas políticas perdem em abstração, para, por outro lado, ganhar em concreção.

2.2.3. Vinculação das Metas a Prazos

A delimitação temporal significa a determinação de fronteiras de início e de fim para cumprimento da meta, sem que haja aplicação de sanção administrativa negativa.

É possível que as condições indicadas nas metas já estejam implementadas em certos espaços ocupados pela sociedade, não é em favor desses pontos que a meta se dirige. A meta tem o sentido de excluir as localidades concretas nas quais a situação idealizada já é presente. Por outro lado, ela se dirige especificamente para transformar outros espaços que não se ajustam à situação ideal incorporada na meta. A distinção das áreas em que se constata suficiência ou de ausência frente ao plano ideal das metas é ônus das operadoras de telecomunicações integrantes do regime público. A elas resta o dever acessório de fazer levantamento do atual estado da rede em que operam, e qual o acesso obtido pela população mediante ela.

Pelo fato de ser uma norma prospectiva, a imposição do marco temporal final dá à norma condições para exigibilidade. A norma tem por objetivo forçar os agentes privados a fazer a expansão da rede ou a instalar terminais para acesso do público ou instituições públicas. Portanto, qualquer dever nesse sentido somente se completa caso se fixe o tempo até o qual deve ser feito. Até mesmo porque ao agente encarregado de sua realização devem ser dadas condições materiais para adaptação a nível administrativo.

Ao se traçar um lapso temporal determinado, torna-se possível a responsabilização das pessoas a quem se destinam o cumprimento das atividades previstas no texto normativo de política pública, de modo objetivo. A data em que se

finda o prazo para a realização de determinada providência de universalização das telecomunicações, é o momento que a agência encarregada da fiscalização tem para avaliação definitiva do comportamento dos agentes ao qual se atribuiu os deveres derivados do princípio da universalização.

O limite final serve como ponto de partida para aplicação de sanção pela agência reguladora, conforme for a gravidade do dano causado pela omissão do agente, pelo exercício do poder de fiscalização atribuído à agência reguladora. De se frisar que para instrumentalização da atividade de fiscalização, outras ações podem ser exigidas dos agentes do regime público, inclusive determinando-se prazo para seu cumprimento. As normas de fiscalização são expedidas pela agência reguladora. Podem ser determinações de envio de relatórios a respeito do desenvolvimento dos projetos de universalização, ou outras que objetivem a formação de banco de informações de controle.

2.2.4. Necessidade dos Períodos nas Políticas de Universalização

Ademais, a limitação temporal das políticas de universalização é característica necessária dos regulamentos das políticas de universalização. Eventual violação do dever de se fazer política, ao não se fixar o período em que ela deva ser cumprida, implica na ilegalidade do ato regulamentador do Executivo. A sanção adequada é a nulidade do tal regulamento que deve portar nova redação a fim de possuir uma regulamentação legal. O Executivo deve se desincumbir de seu dever de instituir política de forma que seja possível haver exigência e fiscalização.

Surge a possibilidade de que o Executivo no ato de regulamentação delegue para a agência reguladora o poder de estipular os prazos para cumprimento de metas, atendendo a critérios que fixar. Trata-se de delegação de competência regulamentadora. A delegação deve ser limitada à circunstâncias de maior instabilidade que contenham alto risco de se insucesso em se alcançar o objetivo em um prazo rígido, para que não haja concessão inadequada aos agentes do setor, em detrimento do interesse público. De outro lado, é garantia de previsibilidade ao particular.

No Decreto de universalização do serviço de telefonia fixa comutada vigente, nº 4.766/03 alterado pelo Decreto nº 6.424/08, houve a fixação de metas com período já definido no próprio texto. Foi estabelecida uma sistemática anual em que as metas variam de ano para ano, afigurando-se ao Executivo o prazo de um suficiente a que fossem aperfeiçoados os serviços ou estendida a rede de telecomunicações.

2.3 Critérios para Escolha dos Beneficiários

2.3.1. Necessidade de Critérios para Discriminar os Beneficiários

Para Floriano de Azevedo Marques Neto “não se concebe universalização sem eleição dos segmentos da sociedade beneficiários desta política”⁹². A referida eleição deve respeitar o pressuposto da distributividade que a política de universalização objetiva. A distribuição tem na sua base a criação de uma ação que opere como contradição de uma situação social de desigualdade.

As metas da política objetivam atingir grupos e pessoas que não têm acesso aos serviços de telecomunicações. O objetivo não é afetar espaços que não tenham nele rede disponível. Isso porque as pessoas embora não tenham acesso atual ao serviço, são seus potenciais usuários, porque lhes é relevante. Afetar a todos eles a um mesmo tempo não é possível por ausência de recursos financeiros para isso. Necessário que sejam eleitos alguns antes que outros com objetivo de se viabilizar a ação. A eleição é feita com base em critérios objetivos que recebam legitimidade do Estado. Nesse capítulo, importa desdobrar sinteticamente quais são eles.

2.3.2. Critérios de Discriminação: Determinação dos Grupos Destinatários

A universalização compreende diversas formas, cada uma delas revela atendimento a pessoas ou grupo social, formados pela aplicação de um ou outro critério. Os grupos formados, portanto, se diferem pela diferença dos critérios que se aplicam na sua formação. Pode se aplicar o critério de renda, e com isso atingir

⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso da “Telefonia Social”*. in: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 4, n. 14, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.78.

um grupo de pessoas que apresentem baixa renda, ou o critério de inclusão em organização social, como escola ou cooperativa, e com isso atingir especificamente os estudantes da rede de ensino.

De se notar que entre os diferentes grupos de pessoas possíveis de se formar a partir do uso de um ou outro critério, não se define uma hierarquia, a priori. Há igual importância, segundo valor social e político, em se atender cada um desses grupos. Como juízo necessário para definição das prioridades de atendimento pelas políticas de universalização deve se ter o custo-benefício e a utilidade social do atendimento de um ou outro conjunto social.

2.3.3. Predominância dos Critérios Formais nas Políticas

No entanto, não há como afirmar que essa exigência metodológica tenha sido rigorosamente obedecida pelo legislador visto que a referência para formulação de tais juízos deveria ser concreta. Deveriam ter sido levantadas informações no âmbito da sociedade, por meio de estatísticas, estudos sociológicos e econômicos, adequados para uma conformação ótima da decisão política com sua finalidade. Dessa forma poderia existir uma determinação geográfica concreta nas metas, por exemplo. Mesmo considerando que as informações sobre a realidade não as representem nitidamente, a formulação de escala de prioridade partindo desse pressuposto portaria menor grau de distorção frente aos propósitos da política.

O critério que foi seguido no plano normativo foi a adoção de um standard simples. Ou seja, adotou-se um caminho formal para solução de um problema social de desigualdade concreta. Na instalação de acessos coletivos de telecomunicações, por exemplo, o standard eleito foi o número de habitantes por localidade⁹³, o que não reflete as demandas reais do contexto social. Com isso, o objetivo do órgão regulador foi a facilidade para execução da função de fiscalização,

⁹³ BRASIL. Decreto nº 4.768 de 2003. **Art. 7.** A partir de 1º de janeiro de 2006, nas localidades com STFC com acessos individuais, as concessionárias deverão ter ativado TUPs em quantidade que assegurem que a densidade de TUPs, por setor do PGO, seja igual ou superior a 6,0 TUPs/100 habitantes. (...) **Art. 11.** A partir de 1º de janeiro de 2006, todas as localidades com mais de cem habitantes, ainda não atendidas pelo STFC, devem dispor de pelo menos um TUP instalado em local acessível vinte e quatro horas por dia, com capacidade de originar e receber chamadas de longa distância nacional e internacional.

pois basta o mero contraste dos dados demográficos produzidos pelo Instituto de Geografia e Estatística com os demonstrativos de instalação de terminais apresentados pela operadora, para se verificar o atendimento da meta no setor que o concessionário é responsável.

Nessa esteira, a eleição por critério formal simples dos grupos que deverão ser atendidos na política de universalização não representa o maior ganho em termos de custo-benefício. Isso implica em dizer, em juízo primário, que a regulamentação está em contradição com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), reitor da Administração. Por exemplo, não é provado que o critério de número de habitantes por localidade seja o mais eficiente do ponto de vista econômico, apenas nota-se que é o que garante maior efetividade jurídica.

O Decreto nº 6.424/2008 assinala mudança porque a imposição de instalação de *backhaul*⁹⁴ se faz por determinação de um percentual não rígido de sedes de municípios que devem ter tal instalação. O critério é aberto e permite com que as operadoras definam segundo critérios de menor custo e maior possibilidade de desenvolvimento econômico e social, qual o lugar pelo qual deve iniciar as operações de instalações. Foram indicados três marcos temporais de referência (art. 13, Decreto 4.768/03), o primeiro de 31 de dezembro de 2008, em que quarenta por cento das sedes de municípios devem estar atendidas pelo *backhaul*, o segundo de 31 de dezembro de 2009, em que oitenta por cento das sedes de municípios devem ser atendidas, o último de 31 de dezembro de 2010, em que cem por cento das sedes de municípios devem ser atendidas.

2.3.4. Critérios Qualitativos nas Políticas de Universalização

O critério formal não é o único a estar presente nas metas. De um lado, pretendeu-se também alcançar as pessoas e grupos de pessoas vinculados à organização social com função de relevo social, como hospitais, escolas e órgãos do judiciário. Por outro lado, buscou-se afetar os grupos de pessoas que têm necessidades especiais, da espécie visual, auditiva, de fala ou de locomoção. Os

⁹⁴BRASIL. Decreto nº 4.768 de 2003. **Art. 3º.** (...) XIV – **Backhaul** é a infra-estrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao **backbone** da operadora

planos de universalização específicos reiteram a perspectiva de inclusão dos envolvidos em organizações sociais, com se vê no Decreto nº 3.753/01 da universalização em escolas públicas de ensino profissionalizante, e do Decreto nº 3.754/01 da universalização em escolas públicas de ensino médio.

Estipulou-se no Decreto nº 4.768/03 que até 1º de janeiro de 2006 as concessionárias de telecomunicações na modalidade Local teriam de ativar Terminais de Uso Público nas localidades em que o serviço estivesse disponibilizado para “os estabelecimentos de ensino regular, instituições de saúde, estabelecimentos de segurança pública, bibliotecas e museus públicos, órgãos do poder Judiciário, órgãos de Ministério Público e órgãos de defesa do consumidor, observados os critérios estabelecidos na regulamentação” (art. 10º). Dentro do mesmo prazo determinou-se que 2% dos terminais fossem adaptados aos portadores de alguma necessidade física especial.

Já, no Decreto nº 3.754/01 se determinou no art. 8º que até 31 de julho de 2002 em todos os estabelecimentos de ensino que tenham alunos matriculados no ensino médio deveriam ter sido implantados terminais de acesso ao público. O dever não se restringe à mera disponibilização do serviço pois ao agente também cabe a instalação do equipamento que viabiliza o acesso. Ademais, os serviços a serem disponibilizados devem incluir a possibilidade de acesso à internet. O regulamento de universalização específico para escolas de ensino profissionalizante, Decreto nº 3.753/01, determinou em semelhante redação que até a mesma data todas as organizações de ensino profissionalizante tivessem acesso ao serviço e equipamentos.

A utilização de um critério que considere a inclusão da pessoa em organizações sociais para instalação de terminais embora seja ação restrita, visto que implementada pela ativação de Terminais de Uso Público, de difícil conservação e privacidade limitada, é o que maior pertinência possui frente à finalidade da norma. A política que acarreta maior custo pela ampliação e melhoria da rede, não segue o mesmo critério, porém, como observado, apenas o formal.

2.4 Financiamento da Universalização e FUST

2.4.1. Fontes Externas para Subsidiar Políticas de Universalização

A despeito de a metodologia adotada pelas normas que regulamentam a universalização não estarem plenamente de acordo com a máxima efetivação do potencial de distribuição, necessário cuidar de quem e a forma como os recursos serão captados para que elas sejam implementadas. Impõe-se analisar o que se autorizou na lei e como melhor podem assegurar os objetivos a serem atingidos no setor das telecomunicações (art. 2, LGT). De forma que ao oportunizar recursos suficientes aos investimentos para concretizar as metas no tempo previsto, não causem efeitos colaterais de alto risco à concorrência.

À primeira mão, deve ser rejeitada a hipótese de auto-financiamento na concretização das metas de universalização porque o investimento feito para o cumprimento delas nem sempre contará com o retorno suficiente a suportar os custos ocasionados. Dada essa situação, há a possibilidade de se direcionar receitas do Estado para financiar o setor, ou de se permitir com que haja subsídio cruzado entre as diferentes modalidades ou grupo de usuários⁹⁵.

2.4.2. Subsídios Cruzados e Complicações para Concorrência

O subsídio cruzado é forma de financiamento de políticas de universalização, com a finalidade de redistribuição, na qual se faz uso da renda originada pela prestação de serviço a um grupo de usuários, para financiar a prestação de serviços a outros.

Assim, faz-se levantamento de dados a respeito dos seguimentos mais vantajosos para prestação de serviço, por exemplo, os usuários de uma determinada zona urbana em relação ao de zona rural, depois faz-se uma distribuição desigual da renda advinda da prestação relativamente ao retorno que cada um oferece. Ou seja, se o lucro é maior na zona urbana do que na rural para cada unidade monetária aplicada para prestação do serviço, usa-se da renda proveniente da prestação mais

⁹⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. p. 371.

lucrativa para financiar a prestação na zona rural. Tal modo de financiamento é típica dos serviços de telecomunicações enquanto explorados na forma de monopólio⁹⁶.

Conclui-se que a ampliação da rede ou prestação do serviço aos hipossuficientes tende a ocorrer enquanto os serviços prestados a determinados segmentos da sociedade apresentar grande lucratividade, ou em alguma modalidade de serviço. Nesse modo, o financiamento acaba por ocorrer com base em uma presunção ou estatística, em certos serviços alcançam-se usuários com maior renda, decide que esses deverão ser economicamente responsabilizado pela expansão do serviço ao outro grupo de menor favorecimento.

Surge um problema de sustentabilidade da medida frente ao ambiente concorrencial emergente no setor, porque os custos para e na prestação do serviço em uma localidade não espelham os investimentos que seriam feitos em condições normais, face a lucratividade por ele proporcionada. De outro lado, há custo agregado aos serviços prestados em outra região com maior capacidade econômica, pois oneram-se tais prestações com os custos da prestação para outros usuários.

O resultado da situação em ambiente concorrencial é que para o primeiro caso há possibilidade de o agente concorrente explorar aquele segmento de mercado valendo-se investimento já feito, com retorno possível somente a longo prazo, para causar menos ganhos ou até prejuízo ao seu concorrente. E no segundo, de o responsável por investir para universalização ter menos condições de oferecer preços competitivos para seus serviços em vista do margem mínima de lucro frente ao capital investido para que haja a prestação⁹⁷.

A despeito dessa circunstância, a LGT admitiu que no ambiente concorrencial das telecomunicações, ainda a ser implantado, houvesse o

⁹⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações*. p. 372.

⁹⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* p. 373.

financiamento das obrigações de universalização por via dos subsídios cruzados (par. único, inc. I, art. 81 da LGT⁹⁸).

2.4.3. Financiamento por Fundo Público

Outro modo possível de financiamento da universalização é a constituição de fundo público que receba recursos financeiros de contribuições a serem pagas pelos operadores. Tais contribuições são exigidas das operadoras sem discriminação ou, caso contrário, vem do orçamento público. Na primeira forma, seriam oportunizadas melhores condições de competição pois cada agente concorrente entre si receberia o ônus financeiro da universalização, na medida de sua participação no mercado.

Assim, essa seria a via mais adequada para cumprir o art. 80, § 1º da LGT que institui que a forma de financiamento seja *neutra* em relação à concorrência. No entanto, para que esse requisito fosse necessariamente atendido também deveria haver garantia da equivalência na oneração de todos os agentes⁹⁹. Tal oneração é referente à aplicação de contribuição a ser instituída pelo poder público, que ao instituí-la deve garantir a igualdade entre os contribuintes¹⁰⁰.

Tal forma conta com a vantagem de ser garantida pelo Estado, pois a arrecadação dos recursos a ele incumbe. Faz, assim, com que a obtenção dos recursos conte com fluxo de arrecadação mais estável, visto que não está vulnerável a mesma pressão para redução de custos que ocorre no caso dos subsídios cruzados. Isso proporciona melhor continuidade no processo de cumprimento das metas de universalização, com melhor previsibilidade para fixação dos prazos.

No Brasil, foi a lei nº 9.998/2000 que instituiu o fundo de universalização dos serviços de telecomunicação, com a finalidade de financiar a universalização. Ela é uma entidade financeira cuja gestão está à cargo da Anatel

⁹⁸ Art. 81. (...) Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do *caput*, poderão ser adotadas também as seguintes fontes: I – subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários.

⁹⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações*. p. 376.

¹⁰⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* p 375.

conforme o art. 4º da Lei do FUST, e cujo programa político é feito pelo Ministério das Comunicações (art. 2º).

2.4.4. Linhas Jurídicas Básicas do FUST

O Fundo de Universalização dos Serviços das Telecomunicações foi regulamentado pelo Decreto 3.624/2000. Não se trata de uma pessoa jurídica, mas de entidade financeira cuja administração é compartilhada pelo Ministério das Comunicações e a Anatel.

A sua composição é de recursos financeiros, como previstos no art. 7º do Decreto nº 3.624/2000. Determina-se que é composto por dotação advinda do orçamento geral da União e créditos adicionais (inc. I, art 7º), 50% de taxas de fiscalização enumeradas no inc. II, preço público posto condição à concessão, autorização ou permissão da prestação de telecomunicações ou serviços de radiocomunicação (inc. III), contribuição de 1% da receita bruta das empresas de telecomunicações operante no regime público e privado (inc IV), doações (inc. V), entre outros recursos que lhe forem destinados (inc. VI).

Para que a empresa de telecomunicações que deva cumprir as metas de universalização receba recursos do FUST, Alexandre Ditzel Faraco defende que é necessária a comprovação pela prestadora do serviço de que possui caráter deficitário com base no art. 81 da LGT, que define o critério da exploração eficiente¹⁰¹. E a comprovação é limitada no tempo, de modo que a comprovação em um momento não aproveita para a seqüência, podendo ser que o caráter de prejuízo se inverta em certo momento, por ocasião do aumento da renda na localidade, ou do aumento do uso dos serviços por usuários. Nesse instante, a transferência de verbas deve cessar.

Considerações Finais

O sistema de telecomunicação é forma especializada que adquiriu o capital. Formação capitalista recente que deriva da evolução tecnológica ocorrida no

¹⁰¹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Op. Cit.* p. 379.

século XX. O serviço possui uma utilidade específica e constitui um modo de circulação adequado ao benefício econômico que concede.

Conforma instituições sociais próprias, formais (do Estado) ou informais. Isso porque os atos relativos a esse serviço relacionam-se princípio e finalidade específicos. Reunindo-se normas para produção, circulação e uso, integradas em uma perspectiva sistemizada. A expansão desse serviço ao máximo número de pessoas é algo que integra a lógica do serviço pois acrescenta utilidade ao serviço, visto que com isso lhe acrescenta valor econômico, pelo aumento das possibilidades do seu uso.

A evolução da expansão, no entanto, não é congruente com o interesse público de integração social do máximo número de cidadãos à utilização do serviço. A expansão que se pretende é fazer com que o acesso possa ocorrer a despeito das condições econômicas ou sociais das pessoas. Seguindo esse traçado, indicou-se no trabalho que o legislador determinou, na lei geral das telecomunicações, que fossem instituídas políticas públicas com a finalidade de que segmentos que oferecem remuneração menor pelos serviços do que o necessário para realizar a expectativa de lucro mínima desejada pelos operadores, fossem também atingidos pelos serviços de telecomunicações.

O conteúdo das políticas de universalização são metas de universalização, às quais são subjacentes critérios pelos quais são agregadas pessoas por algumas características físicas, sociais ou econômicas. Elas podem ser relativas ao envolvimento em organizações sociais cujo interesse seja reconhecido na regulamentação, ou pela mera densidade populacional de certas localidades. A este critério se designou formal, ou geográfico, pela simplicidade dos dados usados presentes para a verificação do cumprimento na prática. Como se constatou, no entanto, é o que predomina nas políticas existentes, em detrimento da possibilidade de política mais detalhada advinda de melhor contextualização com a realidade social.

Entendeu-se que é imprescindível que junto às metas sejam estipulados prazos para que haja seu cumprimento, possibilitando que se responsabilizem os operadores que tem o dever de as implementar conforme o grau de dano provocado por sua omissão. O prazo, assim, deve ser adequado à política

que se destina, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras. Assim, é dever do órgão regulador que ajuste os prazos a período exequíveis, especialmente no que tange aos custos.

Dessa forma, as políticas de universalização vêm no sentido de afirmar o direito dos cidadãos ao acesso de recursos de telecomunicações. Serve ao objetivo de redução das desigualdades materiais e de redistribuição da renda entre os cidadãos. Enfim, elas significam discriminação positiva entre as pessoas a fim de eliminar desigualdades reais existentes, o que demonstra seu caráter de promoção de direitos sociais.

Referências Bibliográficas:

ALPA, Guido; PULITINI, Franceso; RODOTÀ, Stefano; ROMANI, Franco. *Interpretazioni Giuridica e Analisi Economica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

ALVES, Othon Moreno de Medeiros. *Agências Reguladoras e Proteção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 226, p. 219-229, out./dez., 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARBOSA, Sandra Pires. *O Usuário das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 227, p. 231-251, jan./mar., 2002.

BENECKE, Dieter W. *et alli*. *Reforma das Políticas Econômicas: Experiências e Alternativas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis; HOULT, Thomas Ford. *Introdução à Ciência Social*. Trad.: Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Oriendadora: Ângela Cassia Costaldello. Curitiba: UFPR, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas*. . in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 3, n.12, p. 95-127, out./dez. 2005.

CANTO, Carlos Alberto Alvahydo de Ulhôa. *Desestatização do Sistema Telebrás: direito de voto em separado na eleição de membros do conselho de administração*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 219, p. 229-235, jan./mar., 2000.

CARVALHO, Fernando Cardim. *Políticas Econômicas para Economias Monetárias*. In: *Macroeconomia Moderna: Keynes e a Economia Contemporânea*. (coord.: Luiz Fernando de Paula; João Sicsú). Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Volume I. Trad.: Roneide Venâncio Majer. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2006.

_____. *O Poder da Identidade. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Trad.: Claus Brandini Gerhardt. Volume II. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2008.

CAVALCANTI, Franciso de Queiroz Bezerra. *A Independência da Função Reguladora e os Entes Reguladores Independentes*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 219, p. 253-270, jan./mar., 2000.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *A Nova Organização dos Serviços na Lei Geral das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 53, n. 211, p. 151-161, jan./mar., 1998.

COELHO, André Felipe Canuto. *As Assimetrias Informacionais no Setor da Telefonia Brasileiro: uma análise sob a ótica da teoria dos jogos*. In: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.13, p. 9-24, jan./mar., 2006.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 226, p. 81-118, out./dez., 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. *Uso do Espaço Urbano por Concessionárias de Serviços de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 223, p. 29-52, jan./mar., 2001.

DUVERGER, Maurice. *Os Grandes Sistemas Políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional I*. Trad.: Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985.

DUTRA, Pedro. *Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 226, p. 139-166, out./dez, 2001.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 58, n. 232, p. 59-82, abr./jun., 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FRIEDEN, Jeffry A. *Capitalismo Global: Histórica Econômica e Política do Século XX*. Trad.: Vivian Mannheimer. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 11ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime Jurídico das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 224, p. 183-196, abr./jun., 2001.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: O Breve Século XX, 1914-1991*. Trad.: Marcos Santarrita. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agência Reguladoras Independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

LOBO, R. Haddock. *Pequena História da Economia*. 2ª Edição. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1959.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: o caso da “Telefonia Social”*. in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.14, p. 153-209, abr./jun., 2006.

_____. *Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da Distribuição de Gás Natural*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 223, p. 133-152, jan./mar., 2001.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Um Estudo dos Mecanismos de Accountability da Regulação do Setor de Telecomunicações no Brasil após as Privatizações*. in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.14, p. 153-209, abr./jun., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Edição Rev. e Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Os Direito Sociais e Teoria Discursiva do Direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 224, p. 239-284, abr./jun., 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas*. In: *Temas de Direito Regulatório* (coord. Sérgio Guerra). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. *As Agências Executivas Brasileiras e os “Contratos de Gestão”*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 229, p. 135-151, jul./set., 2002.

NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: *Revista de Direito Público da Economia*: Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez., 2007.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 227, p. 339-347, jan./mar., 2002.

SILVA, César Augusto Silva da. *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Volumes I e II. Trad.: Alexandre Amaral Rodrigues; Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras*. in: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, Ano 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07/08/2007.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Poder Normativo das Agências em matéria Tarifária e a Legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico*. in: Revista de Direito Público e Economia. Ano 4, n.13, p. 25-54, abr./jun., 2006.

_____; _____. *O Serviço Telefônico Fixo e a Reversão de Bens*. In: *Temas de Direito Regulatório* (coord. Sérgio Guerra). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Direito Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

Referências Bibliográficas:

ALPA, Guido; PULITINI, Franceso; RODOTÀ, Stefano; ROMANI, Franco. *Interpretazioni Giuridica e Analisi Economica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

ALVES, Othon Moreno de Medeiros. *Agências Reguladoras e Proteção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 226, p. 219-229, out./dez., 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARBOSA, Sandra Pires. *O Usuário das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 227, p. 231-251, jan./mar., 2002.

BENECKE, Dieter W. *et alli*. *Reforma das Políticas Econômicas: Experiências e Alternativas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

BIESANZ, John; BIESANZ, Mavis; HOULT, Thomas Ford. *Introdução à Ciência Social*. Trad.: Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Oriendadora: Ângela Cassia Costaldello. Curitiba: UFPR, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas*. . in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 3, n.12, p. 95-127, out./dez. 2005.

CANTO, Carlos Alberto Alvahydo de Ulhôa. *Desestatização do Sistema Telebrás: direito de voto em separado na eleição de membros do conselho de administração*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 219, p. 229-235, jan./mar., 2000.

CARVALHO, Fernando Cardim. *Políticas Econômicas para Economias Monetárias*. In: *Macroeconomia Moderna: Keynes e a Economia Contemporânea*. (coord.: Luiz Fernando de Paula; João Sicsú). Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Volume I. Trad.: Roneide Venâncio Majer. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2006.

_____. *O Poder da Identidade. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Trad.: Claus Brandini Gerhardt. Volume II. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2008.

CAVALCANTI, Franciso de Queiroz Bezerra. *A Independência da Função Reguladora e os Entes Reguladores Independentes*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 219, p. 253-270, jan./mar., 2000.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *A Nova Organização dos Serviços na Lei Geral das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 53, n. 211, p. 151-161, jan./mar., 1998.

COELHO, André Felipe Canuto. *As Assimetrias Informacionais no Setor da Telefonia Brasileiro: uma análise sob a ótica da teoria dos jogos*. In: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.13, p. 9-24, jan./mar., 2006.

COSTA FILHO, Vidalvo Silvino da. *A Agência Nacional de Telecomunicações: natureza jurídica, delegação de poderes e poder de polícia*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 226, p. 81-118, out./dez., 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. *Uso do Espaço Urbano por Concessionárias de Serviços de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 223, p. 29-52, jan./mar., 2001.

DUVERGER, Maurice. *Os Grandes Sistemas Políticos: Instituições Políticas e Direito Constitucional I*. Trad.: Fernando Ruivo. Coimbra: Almedina, 1985.

DUTRA, Pedro. *Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 55, n. 226, p. 139-166, out./dez, 2001.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 58, n. 232, p. 59-82, abr./jun., 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FRIEDEN, Jeffry A. *Capitalismo Global: Histórica Econômica e Política do Século XX*. Trad.: Vivian Mannheimer. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *Direito das Telecomunicações*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 11ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Regime Jurídico das Telecomunicações*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 224, p. 183-196, abr./jun., 2001.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: O Breve Século XX, 1914-1991*. Trad.: Marcos Santarrita. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agência Reguladoras Independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

LOBO, R. Haddock. *Pequena História da Economia*. 2ª Edição. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1959.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: o caso da “Telefonia Social”*. in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.14, p. 153-209, abr./jun., 2006.

_____. *Universalização de Serviços Públicos e Competição: o caso da Distribuição de Gás Natural*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 223, p. 133-152, jan./mar., 2001.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Um Estudo dos Mecanismos de Accountability da Regulação do Setor de Telecomunicações no Brasil após as Privatizações*. in: *Revista de Direito Público e Economia*. Ano 4, n.14, p. 153-209, abr./jun., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Edição Rev. e Atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Os Direito Sociais e Teoria Discursiva do Direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 56, n. 224, p. 239-284, abr./jun., 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas*. In: *Temas de Direito Regulatório* (coord. Sérgio Guerra). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. *As Agências Executivas Brasileiras e os “Contratos de Gestão”*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 229, p. 135-151, jul./set., 2002.

NABAIS, José Casalta. *A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: *Revista de Direito Público da Economia*: Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez., 2007.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 4ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. In: *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, Ano 57, n. 227, p. 339-347, jan./mar., 2002.

SILVA, César Augusto Silva da. *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Volumes I e II. Trad.: Alexandre Amaral Rodrigues; Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras*. in: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, Ano 1, n. 3, jun. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07/08/2007.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Poder Normativo das Agências em matéria Tarifária e a Legalidade: o caso da assinatura do serviço telefônico*. in: Revista de Direito Público e Economia. Ano 4, n.13, p. 25-54, abr./jun., 2006.

_____; _____. *O Serviço Telefônico Fixo e a Reversão de Bens*. In: *Temas de Direito Regulatório* (coord. Sérgio Guerra). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Direito Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

ÍNDICE

Introdução	1
1. Serviços Públicos e Telecomunicações	6
1.1 Do Monopólio Estatal à Concorrência nas Telecomunicações	9
1.1.1. Estatização de Atividades Econômicas	9
1.1.2. Fase da Implantação	10
1.1.3. Estatização do Serviço	12
1.1.4. Flexibilização no Liberalismo Brasileiro	15
1.1.5. Privatização e Formação de Setor de Mercado	17
1.2 Regulação de Setor e Agência Reguladora	18
1.2.1. Insuficiência do Mercado para Assegurar Própria Estabilidade	18
1.2.2. Falhas de Mercado: Demanda por Ação do Estado	19
1.2.2.1 De Mobilidade dos Agentes Produtores	20
1.2.2.2 Assimetria de Informações dos Agentes de Mercado	20
1.2.2.3 Crise na Concorrência: Monopólio ou Oligopólio	21
1.2.2.4 Externalidade Negativo à Produção e Consumo	22
1.2.2.5. Falha de Sinalização de Preferências pelos Bens Coletivos	23
1.2.3. Alternativas de Regulação	24
1.2.3.1. Auto-regulação de Mercado	25
1.2.3.2. Regulação Heterônoma pelo Estado	27
1.2.4. Modelo Regulatório do Brasil	27
1.3 Agência Nacional de Telecomunicações: Competências	29
1.3.1. Anatel: Instituição e Regulamento	29
1.3.2. Ministério das Comunicações e Anatel.....	30
1.3.3. Regime Jurídico Autárquico Especial	31
1.3.4. Estrutura e Principais Órgãos	32
1.3.4.1 Do Conselho Diretor	32
1.3.4.2 Demais Órgãos Não Centrais	33
1.3.5. Anatel e Competências: Breves Linhas	34
1.3.5.1 Função Normativa	34
1.3.5.2 Atividade de Fiscalização do Setor	35

1.4 Telecomunicações em Regime Público e Privado	36
1.4.1. Da Exigência Material dos Serviços de Telecomunicação	36
1.4.1.1 A Relevância Econômica: Nova Configuração Empresarial	37
1.4.1.2 Da Relevância para Integridade Social do Indivíduo	39
1.4.2. Distinção do Serviço e das Modalidades de Telecomunicações	40
1.4.3. Separação entre Regime Público e Privado: Volatilidade	42
1.4.4. Dualidade de Regimes, Regulação Assimétrica e Concorrência	43
1.4.5. Regime Público e Serviço de Telefonia Fixo Comutado	44
2. Regime Público de Telecomunicações e o Dever de Universalização	45
2.1 Distributividade: Desafio na Instituição do Mercado das Telecomunicações	48
2.1.1. Distribuição de Recursos como Situação de Fato	48
2.1.2. Instituições Sociais na Ordenação da Distribuição dos Bens	49
2.1.3. Representação das Instituições por Organizações	51
2.1.4. Elementos de Identificação das Instituições	52
2.1.5. Instituições e Política de Redistribuição: Tensão e Enfrentamento	53
2.2 Políticas de Universalização em Metas Periódicas	54
2.2.1. Caráter Normativo Imediato da Universalização	54
2.2.2. Necessidade de Metas para Universalização	55
2.2.3. Vinculação das Metas à Prazos	56
2.2.4. Necessidade dos Períodos nas Políticas de Universalização	57
2.3 Critérios para Escolha dos Beneficiários	58
2.3.1. Necessidade de Critérios para Discriminar os Beneficiários	58
2.3.2. Critérios de Discriminação: Determinação dos Grupos Destinatários	58
2.3.3. Predominância dos Critérios Formais nas Políticas	59
2.3.4. Critérios Qualitativos nas Políticas de Universalização	60
2.4 Financiamento da Universalização e FUST	62
2.4.1. Fontes Externas para Subsidiar Políticas de Universalização	62
2.4.2. Subsídios Cruzados e Complicações para Concorrência	62
2.4.3. Financiamento por Fundo Público	64
2.4.4. Linhas Jurídicas Básicas do FUST	65

Considerações Finais	65
Referências Bibliográficas	68